

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



ALESSANDRO TORRESI

Número de aluno: 27161

Dissertação de Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas

Professora Orientadora: Catarina Monteiro Pires

**Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira anulada no país da
sede da arbitragem: teoria geral e o caso brasileiro nos
50 anos da Convenção de Nova Iorque**

Lisboa

Dezembro de 2019

À Cecilia, minha família e amigos, pelas horas de lazer roubadas.

RESUMO.

Este trabalho tem como objeto a seguinte questão: é possível que, tendo sido anulada pela autoridade competente do país onde a arbitragem teve sede, a sentença arbitral estrangeira seja reconhecida? Evidentemente, não há uma resposta certa e definitiva para tal questionamento. Doutrina e jurisprudência, a nível internacional, vêm debatendo o assunto há décadas, atingindo-se conclusões dissonantes.

Nesse cenário, o presente estudo visa a analisar as diferentes abordagens acerca do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na origem, com ênfase ao assunto no Direito Brasileiro, levando-se em consideração o fato de que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro já teve a oportunidade de proferir decisão acerca da matéria, quando do julgamento do “Caso EDF”.

PALAVRAS-CHAVE.

Arbitragem internacional – Convenção de Nova Iorque – Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira – Sentença arbitral anulada – Caso EDF.

ABSTRACT:

The subject of the present paper is the following question: is it possible that, having been annulled by the arbitration seat country's competent authority, a foreign arbitral award can be recognized? Of course, there is no certain and definitive answer for this question. The issue has been debated by international scholars and case law throughout the last decades and different conclusions have been reached.

In this scenario, the aim of the present study is to analyze the different approaches regarding recognition of foreign arbitral awards annulled in their origin, with emphasis on Brazilian Law, taking into account the fact that the Brazilian Superior Court of Justice has already had the opportunity to rule on such matter, vis-à-vis the "EDF Case".

KEYWORDS.

International arbitration – New York Convention – Recognition of foreign arbitral award – Annulled arbitral award – EDF Case.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	07
-----------------	----

PARTE I – QUADRANTES GERAIS

1. QUADRANTE NORMATIVO

1.1. Protocolo de Genebra de 1923 e Convenção de Genebra de 1927.....	13
1.2. Convenção de Nova Iorque de 1958	
1.2.1. Visão geral.....	17
1.2.2. Art. V, n. 1, “e” da CNI: “ <i>may</i> ” ou “ <i>must</i> ”?.....	24
1.3. Convenção Europeia de 1961.....	31
1.4. Convenção de Washington de 1965.....	35
1.5. Convenção do Panamá de 1975.....	38
1.6. Lei Modelo da UNCITRAL de 1985 (emendada em 2006).....	39
1.7. Isolada posição do Código de Processo Civil francês, reformado em 2011.....	46
1.8. Outras leis nacionais.....	51

2. QUADRANTE TEÓRICO

2.1. Visão geral das teorias contrapostas: territorialismo vs. deslocalização.....	58
2.2. Doutrina de Albert Jan Van Den Berg (territorialista).....	61
2.3. Doutrina de Emmanuel Gaillard (deslocalizadora).....	68
2.4. Doutrina de Jan Paulsson (intermediária).....	72
2.5. Doutrina de Gary Born (intermediária).....	77
2.6. Doutrina de William Park (intermediária).....	83
2.7. Doutrina de Geroge Bermann (intermediária).....	86

3. QUADRANTE PRÁTICO

3.1. Deslocalização na jurisprudência francesa	
3.1.1. Pabalk vs. Norsolor.....	91
3.1.2. Polish Ocean Line vs. Jolasry.....	92
3.1.3. Hilmarton vs. OTV.....	93
3.1.4. Bechtel vs. DAC.....	95

3.1.5. Putrabali vs. Rena.....	96
3.1.6. Impressões sobre a jurisprudência francesa.....	98
3.2. Territorialismo norte-americano, relativizado em casos excepcionais	
3.2.1. Chromalloy vs. República do Egito.....	100
3.2.2. Baker Marine vs. Danos & Chevron.....	103
3.2.3. Spier vs. Tecnica.....	106
3.2.4. Bechtel vs. DAC.....	108
3.2.5. Termorio vs. Electrante.....	109
3.2.6. COMMISA vs. Pemex.....	111
3.2.7. Thai-Lao vs. República do Laos.....	115
3.2.8. Impressões sobre a jurisprudência norte-americana.....	118
3.3. Posição moderada da jurisprudência holandesa	
3.3.1. Yukos vs. Rosneft.....	120
3.3.2. Nicolai Maximov vs. NLMK.....	123
3.3.3. Impressões sobre a jurisprudência holandesa.....	128

PARTE II – O CASO BRASILEIRO

4. RECONHECIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA ANULADA NA ORIGEM: VISÃO A PARTIR DO BRASIL

4.1. Evolução recente da arbitragem no Brasil.....	130
4.2. Cenário atual.....	134
4.3. Aspectos gerais atinentes ao reconhecimento no Brasil	
4.3.1. Definição de “ <i>sentença arbitral estrangeira</i> ” no direito brasileiro.....	138
4.3.2. Juízo de delibação perante o STJ.....	142
4.3.3. Quadro normativo aplicável.....	145
4.4. Convenções ratificadas pelo Brasil.....	152
4.5. Art. V, n. 1, “e”, da CNI vs. art. 20, “e”, do Protocolo de Las Leñas e art. 20, “e”, do Protocolo de Buenos Aires.....	156
4.6. Art. V, n. 1, “e”, da CNI vs. Art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996.....	158
4.7. Perspectivas doutrinárias	
4.7.1. Contra a possibilidade de reconhecimento.....	160
4.7.2 A favor, em alguma medida, do reconhecimento.....	165

5. A DECISÃO PROFERIDA PELO STJ BRASILEIRO NA SEC Nº 5.782 – <i>LEADING CASE</i> BRASILEIRO	
5.1. Síntese da lide.....	171
5.2. Decisão da Corte Especial do STJ.....	176
5.3. Análise crítica	
5.3.1. Importância do precedente.....	178
5.3.2. Primazia dos tratados internacionais.....	181
5.3.3. Equiparação entre sentença judicial e arbitral.....	183
5.3.4. Exigência de trânsito em julgado.....	184
5.3.5. Eficácia <i>ipso iure</i> da sentença arbitral anulada.....	189
5.3.6. Limites do juízo de delibação.....	191
6. APRECIÇÃO CRÍTICA E EXPECTATIVA PARA O FUTURO.....	194
CONCLUSÃO.....	203
BIBLIOGRAFIA.....	209

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho está ligado ao estudo da arbitragem comercial internacional, e se encarregará de questão que tem sido objeto de intensa divergência, tanto em sede doutrinária, como jurisprudencial, a saber: é possível o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada no país da sede da arbitragem?

Trata-se de problema que, substancialmente, gira em torno do controverso art. V, n. 1, “e”, da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“CNI”), segundo o qual:

“1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se menciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

...

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida”

O tema é complexo porque envolve, ao menos, dois sistemas jurídicos distintos: o do país da sede da arbitragem, onde é realizado o “controle primário” de legalidade da sentença arbitral, e o de outros países onde a sentença arbitral poderá ser reconhecida, nos quais é efetuado o “controle secundário” de legalidade da sentença arbitral.

Trata-se de conceito universal que os tribunais do país da sede da arbitragem têm competência para coibir abusos ou excessos por parte dos árbitros, o que se dá, em regra, através de ação anulatória, de acordo com a lei do Estado da sede arbitral.

Tal papel do Poder Judiciário do local da arbitragem não é apenas de controle, mas também de imprescindível colaboração com a arbitragem, tanto na fase pré-arbitral, quanto durante o procedimento arbitral, como quando remete as partes à arbitragem em decorrência da existência de cláusula compromissória (efeito negativo do *kompetenz-kompetenz*), decide questões pré-arbitrais, auxilia na produção de provas e empresta sua força coercitiva a medidas urgentes ordenadas pelos árbitros.

Desse modo, diante da posição em que se situam os tribunais judiciais da sede, justifica-se que sejam essas as cortes que devam realizar o controle primário de legalidade.

Por outro lado, para produzir efeitos em outro país (isto é, ser internalizada em outro sistema jurídico), a sentença arbitral precisa passar por um processo de recepção, intitulado de “reconhecimento” ou “homologação”, o qual tem por finalidade conferir à sentença arbitral o chamado *exequatur*, isto é, *status* igual àquele de uma sentença proferida pelo Estado que examina esse pedido de reconhecimento. Trata-se do controle secundário de legalidade da sentença arbitral.

Existindo, assim, esses dois controles, questão animadora entre os arbitralistas internacionais é saber se uma sentença arbitral anulada no país de sua origem pode, mesmo assim, produzir efeitos em outros países.

Com efeito, a questão que se coloca é: qual é o âmbito de eficácia territorial de uma decisão de anulação da sentença arbitral? A corte de reconhecimento deve dar deferência absoluta e irrestrita à decisão anulatória do tribunal da sede da arbitragem? Em alguma medida, a corte de reconhecimento pode conferir *exequatur* a uma sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada?

As questões em foco ficam mais bem ilustradas a partir de exemplos concretos. Vejamos¹:

Caso I – Cogite-se que uma sociedade alemã ficou vencida em um procedimento arbitral com sede em Kuala Lumpur, na Malásia, no qual foi demandada por sociedade tailandesa. Entendendo que o tribunal arbitral proferiu uma sentença *ultra petita*, concedendo à sociedade tailandesa indenização em valor superior ao que havia sido requerido, a sociedade alemã se recusa ao pagamento da indenização.

¹ Exemplos inspirados a partir do seguinte artigo: VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished? ICSID Review, 2014, p. 2/3.

Os advogados da sociedade alemã, então, são instruídos tanto a buscar a anulação da sentença arbitral perante o tribunal estatal na Malásia, quanto a impugnar o pedido de reconhecimento formulado pela sociedade tailandesa perante o tribunal estatal na Alemanha. Ocorre, porém, de o tribunal alemão vir a ser mais célere, e, não se convencendo de que estaria preenchida a hipótese do art. V, n. 1, “c”, da CNI, defere o reconhecimento à sentença arbitral estrangeira. Como consequência, a sentença arbitral é executada pela sociedade tailandesa em território alemão, onde a sociedade alemã se vê obrigada ao cumprimento da condenação.

Uma vez paga a indenização, a sociedade alemã recebe a notícia de que o tribunal estatal malaio julgou procedente seu pedido de anulação, estando a sociedade alemã, doravante, portanto, apta a reaver o que pagou à sociedade tailandesa. Porém, para isto, terá que ajuizar ação própria.

Caso II – Imagine-se que essa sociedade alemã tem negócios no Oriente Médio, onde entra em litígio com uma companhia saudita, instaurando-se procedimento arbitral em Dubai, Emirados Árabes, no qual a sociedade alemã consegue uma grande vitória. Porém, deferindo pedido da companhia saudita, o tribunal estatal dos Emirados Árabes anula a sentença arbitral, sob o fundamento de que houve violação à ordem pública, pois as testemunhas ouvidas pelo tribunal arbitral não fizeram um juramento mandatório, conforme especificado na lei local.

Não obstante a anulação da sentença arbitral, a sociedade alemã pleiteia seu reconhecimento no Reino Unido e na Arábia Saudita, onde a companhia saudita possui bens. Todavia, em ambos esses países, o pedido é negado, justamente porque um dos fundamentos de recusa previstos na CNI é o de que a sentença arbitral tenha sido *“anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida”* (art. V, n. 1, “e”).

Caso III – A sociedade alemã entra, agora, em disputa contratual com companhia francesa, estabelecendo a respectiva cláusula compromissória que eventual litígio entre as partes deverá ser dirimido por tribunal arbitral sediado em Genebra, na Suíça. A sociedade alemã entende ter havido descumprimento de obrigação pela companhia

francesa, e pretende instaurar procedimento arbitral para cobrança da correspondente multa contratual, sendo certo que a companhia francesa possui bens na França.

Temerosa, todavia, por conta dos eventos ocorridos nos casos anteriores, a sociedade alemã antes se consulta com seus advogados, os quais informam à sua cliente que, na França, a anulação da sentença arbitral no país da sede da arbitragem não se trata de fundamento de recusa ao reconhecimento. Desse modo, em caso de vitória, ainda que a sentença arbitral venha a ser anulada na Suíça, a sociedade alemã poderia executar a sentença arbitral na França.

A sociedade alemã, assim, instaura o procedimento arbitral, no qual seu pedido vem, em um primeiro momento, a ser julgado improcedente. Em seguida, a companhia francesa requer o reconhecimento da sentença arbitral na França, o que lhe é deferido, ao mesmo tempo em que a sociedade alemã busca a anulação da sentença arbitral junto ao tribunal estatal suíço, sob o fundamento de violação ao contraditório, na medida em que o tribunal arbitral não lhe permitiu produzir determinadas provas.

Tal requerimento de anulação vem a ser julgado procedente pelo tribunal estatal suíço, para que seja proferida uma nova sentença pelo tribunal arbitral, após produzidas as provas requeridas pela sociedade alemã. À vista dessas provas, o tribunal arbitral, então, altera sua conclusão, proferindo segunda sentença arbitral invertendo o resultado anteriormente atingido. Dessa vez, o tribunal arbitral conclui pela procedência do pleito da sociedade alemã.

Contente com o resultado do procedimento arbitral, a sociedade alemã requer o reconhecimento da sentença arbitral perante o tribunal estatal francês, o que, porém, lhe é indeferido. Com o anterior reconhecimento, na França, da primeira sentença arbitral (anulada pelo tribunal suíço), operou-se a coisa julgada dessa decisão judicial francesa, a qual seria violada caso fosse possível o reconhecimento, na França, da segunda (e definitiva) sentença proferida pelo tribunal arbitral.

Embora nem sempre comuns na arbitragem internacional, não se pode afirmar que as situações acima cogitadas jamais se colocarão na experiência forense internacional.

Desde 1981, quando o renomado professor holandês ALBERT JAN VAN DEN BERG publicou sua monografia “*The New York Convention of 1958*”, afirmando serem escassos os casos de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira anulada, o mundo mudou bastante, a jurisprudência de vários países sobre o tema ganhou corpo, e muito se debateu sobre uma sentença arbitral, de fato, estar irrestritamente atrelada ao controle sobre ela exercido pelo Poder Judiciário local.

Nesse debate jurídico, encontram-se em extremos opostos as teorias territorialista e deslocalizadora, havendo quem também, em paralelo, defenda soluções intermediárias (moderadas) para o problema.

O debate em exame, inclusive, foi travado perante o Superior Tribunal de Justiça brasileiro (“STJ”), quando da análise do chamado “CASO EDF”, no qual foi negado reconhecimento a uma sentença arbitral proferida em Buenos Aires que havia sido anulada pelo Poder Judiciário argentino. Sem tecer qualquer comentário sobre a correção, ou não, dessa decisão do STJ, é importante analisar o quanto esse verdadeiro *leading case* brasileiro está inserido no debate internacional sobre o tema.

Nessa conjuntura, instado pelas questões que se colocam no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas, e a pretexto do caso brasileiro, o presente trabalho está dividido em duas partes: uma parte geral e uma parte específica para o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

A parte geral se encontra organizada em 4 (quatro) capítulos, nos quais o problema do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada será analisado sob diferentes ângulos.

No Capítulo 01, o problema será abordado à vista das principais convenções internacionais sobre arbitragem, principalmente a CNI, além da Lei Modelo da UNCITRAL e de outras leis nacionais, em especial a lei francesa, diante de sua isolada posição em direito comparado.

Já no Capítulo 02, o assunto será visto no plano teórico, a partir dos argumentos nos quais se baseiam as diferentes teses que se contrapõem, isto é, as denominadas teorias territorislista e deslocalizadora, situadas em extremos opostos, além da teoria pluralista (ou moderada), mais ao centro.

Em seguida, no Capítulo 03, o tema será tratado no campo prático, ou seja, à luz da jurisprudência de diferentes países que tiveram a oportunidade de lidar, em concreto, com pedidos de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira anulada. Para esse fim, escolheu-se jurisprudência francesa, norte-americana e holandesa, respectivamente, haja vista o contraste nos critérios aplicados por esses países.

Encerrando a parte geral, antes de se adentrar na parte específica deste trabalho, será proposta, no Capítulo 04, uma reflexão a partir das experiências normativa, teórica e prática, colocando este autor seu ponto de vista sobre o problema.

Já a parte específica está dividida em 2 (dois) capítulos. No Capítulo 05, será apresentado o arcabouço jurídico para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, incluindo-se a competência para essa tarefa e o quadro normativo aplicável (a nível internacional e interno). Também será enquadrada a questão do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada, especificamente, no sistema jurídico brasileiro, com destaque às posições de diferentes autores brasileiros sobre o problema.

Por fim, seguido da conclusão deste trabalho, no Capítulo 06, será analisado o único precedente brasileiro a julgar pedido de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira anulada: o chamado “Caso EDF”; com as devidas críticas.

PARTE I – QUADRANTES GERAIS.

1. QUADRANTE NORMATIVO.

1.1. Protocolo de Genebra de 1923 e Convenção de Genebra de 1927.

É verdade que a utilização em larga escala da arbitragem se consolidou após a Segunda Guerra Mundial. Porém, antes disso, ao final do Século XIX e início do Século XX, a arbitragem comercial internacional já era utilizada, período em que encontrava previsão legal apenas em leis nacionais.

À época, tais legislações domésticas e os tribunais estatais eram frequentemente desfavoráveis à arbitragem. As leis eram antiquadas – se comparadas com os padrões atuais –, e não havia uniformidade entre elas no tratamento da arbitragem. Como se não bastasse, os tribunais estatais de vários países ainda enxergavam a arbitragem como sua “rival”.

Esse cenário começou a ser alterado com o aumento na utilização da arbitragem comercial internacional após a Primeira Guerra Mundial, levando a – então recém inaugurada – Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), em Paris, a promover uma convenção internacional que pudesse dar solução a um dos maiores obstáculos à época para a prática arbitral: a inexequibilidade da cláusula compromissória, entendendo-se esta como o acordo pelo qual as partes se comprometem a submeter eventual litígio que venha a surgir à via arbitral².

Essa iniciativa resultou no Protocolo Relativo a Cláusulas de Arbitragem celebrado em Genebra, em 1923 (“Protocolo de 1923”)³.

² VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958. Kluwer: The Hague, 1981, p. 06.

³ A título de curiosidade, CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO relata que o Protocolo de Genebra de 1923 foi ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto n. 21.187, de 1932, graças ao esforço de AFRÂNIO DE MELO FRANCO, que, em 1923, era embaixador do Brasil em Genebra e, de 1930 e 1934, Ministro das Relações Exteriores. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A pré-história da arbitragem no Brasil. In: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Advocacia de Empresas. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 194.

Trata-se da primeira grande convenção internacional sobre arbitragem, a qual teve como escopo conferir força vinculante à cláusula compromissória firmada entre partes submetidas a jurisdições de Estados contratantes diferentes, para excluir a jurisdição estatal e permitir a execução das sentenças arbitrais no próprio país onde fossem proferidas.

No Protocolo de 1923, já se verifica um sistema embrionário de vínculo da arbitragem internacional à sua sede, já que, segundo seu art. 2º, “*o procedimento arbitral, incluindo a constituição do tribunal arbitral, deverá ser regido pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem tiver lugar*” (tradução livre)⁴.

Uma vez regulamentadas a validade e a execução da cláusula compromissória, em âmbito internacional, pelo Protocolo de 1923, o passo seguinte era tratar da execução da sentença arbitral em outros países. Nesse sentido, não tardou para que, em 1927, fosse concluída a Convenção de Genebra para Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“Convenção de 1927”)⁵, a qual regulava a execução de sentenças arbitrais proferidas a partir de uma convenção de arbitragem inserida no Protocolo de 1923.

Apesar de sua inovação em comparação com o Protocolo de 1923, a Convenção de 1927 restringia consideravelmente a circulação internacional de sentenças arbitrais. Primeiramente, como se vê do art. 1º da Convenção de 1927: as partes tinham que estar sujeitas a jurisdições de diferentes Estados contratantes e a sentença arbitral precisava ter sido proferida em um Estado signatário⁶.

Em segundo lugar, conforme seu art. 4º, a Convenção de 1927 atribuía à parte interessada na execução da sentença arbitral o ônus de provar que as condições necessárias ao seu reconhecimento haviam sido preenchidas, sendo uma dessas condições

⁴ Na redação em inglês do Protocolo de 1923:

“2. *The arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place*”.

⁵ Também a título de curiosidade, como relata SILVEIRA LOBO, a Convenção de Genebra de 1927 não foi firmada pelo Brasil porque, quando de sua celebração, já não mais estava em Genebra o embaixador AFRÂNIO DE MELO FRANCO, que havia se empenhado para a adesão do Brasil ao Protocolo de 1923. LOBO, Carlos Augusto da. A pré-história da arbitragem ... [2012], p. 194.

⁶ “... *provided that the said award has been made in a territory of one of the High Contracting Parties to which the present Convention applies and between persons who are subject to the jurisdiction of one of the High Contracting Parties*”.

(arts. 1º, “d”, e 4º, n. 2) que a sentença arbitral tivesse transitado em julgado (“*has become final*”) no país onde foi proferida (“*country in which it was made*”)⁷.

Nessa linha, não era considerada “*final*” a sentença arbitral ainda passível de alguma oposição, apelação, cassação, ou durante qualquer procedimento contestando sua validade⁸.

Naquela época, a sentença arbitral estava umbilicalmente ligada à ordem jurídica do Estado onde havia sido proferida, e só seria executada em outro país (*I*) se este tivesse ratificado a Convenção de 1927 e (*II*) se a sentença arbitral tivesse a autoridade de decisão judicial transitada em julgado no país de sua origem.

Tais previsões na Convenção de 1927 deram origem ao chamado “*duplo exequatur*”, eis que, para o reconhecimento da sentença arbitral em outro Estado, era necessário, antes, que a sentença arbitral tivesse sido confirmada (leia-se, recebesse *exequatur*) por tribunal estatal do país onde havia sido proferida.

Como, também no país onde a execução da sentença arbitral era perseguida, fazia-se necessário o reconhecimento, a sentença arbitral tinha que passar por duplo processo de homologação: um no país de sua prolação, e outro no país onde a parte interessada buscava sua execução.

Especificamente com relação ao tema deste trabalho, o art. 2º, “a”, da Convenção de 1927 deixava claro que o reconhecimento e execução deveriam (“*shall*”) ser negados à sentença arbitral estrangeira que houvesse sido anulada na origem⁹, *verbis*:

⁷ “To obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary: ... (d) That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is open to opposition, appeal or pourvoi en cassation (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending;

“Article 4. The party relying upon an award or claiming its enforcement must supply, in particular: ... (2) documentary or other evidence to prove that the award has become final, in the sense defined in Article 1 (d), in the country in which it was made”.

⁸ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil. Renovar: Rio de Janeiro, 2010, p. 28/29.

⁹ “It is evident that an award annulled for any reason in the State in which it was made cannot be enforced in a foreign country”. BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 30.

“Art. 2º – Ainda que as condições elencadas no artigo 1 estejam preenchidas, reconhecimento e execução deverão ser negados se o Tribunal verificar:

(a) que a sentença foi anulada no país no qual foi proferida” (tradução livre)¹⁰.

De outro lado, a Convenção de 1927 não tratou dos motivos que poderiam levar à anulação da sentença arbitral na origem.

Além disso, lendo-se seus arts. 1º, “e”, e 3º, verifica-se que a Convenção de 1927 não elencava, taxativamente, os fundamentos de recusa.

Pelo contrário, o reconhecimento: (I) poderia ser negado se a sentença arbitral contrariasse “*princípios da lei*” (“*principles of the law*”) do Estado de reconhecimento, regra de caráter bastante amplo; e, ainda, (II) poderia ser negado ou suspenso se a parte requerida demonstrasse a existência de outro fundamento, segundo a lei regedora do procedimento arbitral, além daqueles previstos no art. 1º da Convenção, permitindo-lhe contestar a validade da sentença arbitral¹¹.

Por conta desses aspectos (ônus da prova imposto ao requerente, *duplo exequatur*, e não taxatividade dos fundamentos de recusa), apesar de terem representado progresso no que tange à execução de sentenças arbitrais a nível internacional, o Protocolo de 1923 e a Convenção de 1927 também impuseram obstáculos, interferindo na efetividade da circulação das sentenças arbitrais¹².

¹⁰ “Article 2. Even if the conditions laid down in Article 1 hereof are fulfilled, recognition and enforcement of the award shall be refused if the Court is satisfied:

(a) That the award has been annulled in the country in which it was made”.

¹¹ “To obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary: ... (e) That the recognition or enforcement of the award is not contrary to the public policy or to the principles of the law of the country in which it is sought to be relied upon”.

“Article 3. If the party against whom the award has been made proves that, under the law governing the arbitration procedure, there is a ground, other than the grounds referred to in Article 1 (a) and (c), and Article 2 (b) and (c), entitling him to contest the validity of the award in a Court of Law, the Court may, if it thinks fit, either refuse recognition or enforcement of the award or adjourn the consideration thereof, giving such party a reasonable time within which to have the award annulled by the competent tribunal”.

¹² DARWAZEH, Nadia. Article V(1)(e). In: PORT, Nicola Christine; OTTO, Dirk; Nacimiento, Patricia; Kronke, Herbert (org.). Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention. Kluwer: The Hague, 2010, p. 305.

Sem prejuízo, importa destacar ter nascido na Convenção de 1927 o dispositivo que, depois, viria a consolidar o chamado princípio da máxima eficácia. Trata-se do art. 5º da Convenção de 1927, pelo qual o interessado no reconhecimento poderia se valer de lei ou tratados ratificados pelo Estado de reconhecimento mais favoráveis¹³.

1.2. Convenção de Nova Iorque de 1958.

1.2.1. Visão geral.

A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em 10 de junho de 1958 (“CNI”), trata-se não apenas da grande facilitadora da circulação de sentenças arbitrais no cenário mundial, como, efetivamente, do principal instrumento regulador da arbitragem internacional¹⁴.

Seu sucesso é refletido no elevado número de Estados signatários: ao todo, 159 países¹⁵; podendo-se afirmar, com efeito, que a CNI forma “o” sistema internacional de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras¹⁶.

A CNI resultou de uma insatisfação com o Protocolo de 1923 e a Convenção de 1927, tendo a iniciativa de substituir esses tratados partido da CCI, que, em 1953, elaborou uma versão preliminar do que viria a se tornar a CNI. Entregue ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a referida versão preliminar sofreu emendas, vindo uma nova minuta a ser apresentada e debatida durante conferência, entre os meses de maio e junho de 1958, após o que veio a se tornar a CNI¹⁷.

¹³ “Article 5. The provisions of the above Articles shall not deprive any interested party of the right of availing himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon”.

¹⁴ “As a result, the New York Convention has been rightly eulogised as ‘the single most important pillar on which the edifice of international arbitration rests’, and as a convention that ‘perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law’”. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter on international arbitration. Kluwer: The Hague, p. 616.

¹⁵ www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states (acesso em 01.07.2019).

¹⁶ Para um estudo aprofundado da CNI: VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981].

¹⁷ Para análise detalhada dos trabalhos preparatórios: www.newyorkconvention.org/travaux-preparatoires; e Enforcing Arbitration Awards Under the New York Convention: Experience and Prospects, 1999. Disponível em: www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/NYCDay-e.pdf.

Não promove a CNI regulação ampla da arbitragem comercial internacional. Na verdade, a CNI se limita a dois objetivos principais: (I) o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras; e (II) o reconhecimento da cláusula compromissória pelas cortes estatais. O segundo desses objetivos está disposto no art. II, n. 1 e n. 3, da CNI, segundo o qual:

“1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

...

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

Quanto aos requisitos formais da convenção de arbitragem, a CNI prevê, em seu art. II, n. 2, a regra internacional uniforme do “*acordo escrito*”, entendendo este como “*uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas*”.

De todo modo, a CNI é mais conhecida pelo seu propósito de promover o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, contemplado em seu art. III¹⁸, conforme o qual:

“Artigo III – Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas”.

¹⁸ BÖRNER, Andreas. Article III. In: PORT, Nicola Christine; OTTO, Dirk; Nacimiento, Patricia; Kronke, Herbert (org.). Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention. Kluwer: The Hague, 2010, p. 115.

À luz do art. I, n. 1, CNI, “sentença arbitral estrangeira”, como regra geral, consiste na sentença arbitral proferida “*no território de um Estado que não aquele em que se busque o reconhecimento e a execução*”.

O art. I, n. 1, da CNI também contém critério subsidiário que permite aos países signatários definir como “sentenças arbitrais estrangeiras” aquelas “*não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução*”. Porém, trata-se esse segundo critério de “letra morta” no texto da CNI^{19 20}.

Pode-se afirmar que o local no qual foi proferida a sentença arbitral é o fator determinante de aplicação das disposições da CNI²¹, não importando a nacionalidade das partes²², ou se a sentença foi arbitral foi proferida por árbitro singular ou órgão arbitral permanente (art. I, n. 2, da CNI). Por sua vez, entende-se como “local” de prolação da sentença arbitral a sede da arbitragem. Segundo a fórmula consagrada no Direito Comparado²³, o local de prolação da sentença arbitral não se trata de um critério geográfico, e sim de critério legal, definido de acordo com a sede eleita pelas partes na convenção de arbitragem²⁴.

Com vistas a obter o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, a CNI apenas impõe à parte interessada a obrigação de instruir seu requerimento com: “(a) a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma devidamente certificada”; e “(b) o acordo original a que se refere o Artigo II ou uma cópia do mesmo devidamente autenticada” (art. IV).

¹⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 22/23.

²⁰ “Neste segundo caso, tem-se em vista principalmente sistemas - como, por exemplo, o alemão antes da reforma de 1997 - que admitam que as partes, mediante a escolha do Direito aplicável ao processo arbitral, subtraíam as arbitragens que se realizam no território de um Estado à regulação pelo Direito local”. PINHEIRO, Luís de Lima. O Reconhecimento de Decisões Arbitrais Estrangeiras ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque – Perspectiva Atual. In: MENEZES CORDEIRO, António. Arbitragem Comercial: Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2019, p. 666.

²¹ “Simply put, an award is ‘foreign’ in a particular state when the award is “made” in a different state (where it will not be ‘foreign’)”. BORN, Gary B. International Commercial Arbitration. 2ª ed. Kluwer: The Hague, 2014, p. 2943.

²² SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer: The Hague, 1999, p. 965.

²³ “Where is an award made? The Convention does not answer this question. The vast majority of Contracting States considers that an award is made at the seat of the arbitration. The seat of the arbitration is chosen by the parties or alternatively, by the arbitral institution or the arbitral tribunal. It is a legal, not a physical, geographical concept. Hearings, deliberations and signature of the award and other parts of the arbitral process may take place elsewhere”. ICCA’s guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges. International Council for Commercial Arbitration, 2011, p. 21.

²⁴ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Definição de sentença arbitral estrangeira. In: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Advocacia de Empresas. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 261/274.

No sistema concebido pela CNI, é ônus da parte requerida – e não da requerente, conforme previa a Convenção de 1927 – provar a presença de algum, ou alguns, dos fundamentos de recusa elencados *numerus clausus* no art. V da CNI, *verbis*:

“1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

Com efeito, o art. V é o “coração” da CNI²⁵, limitando os fundamentos de recusa ao reconhecimento em dois grupos: (I) os que podem ser arguidos pela parte requerida (art. V, n. 1); e (II) os que podem ser conhecidos *ex officio* pelo tribunal competente para o reconhecimento (art. V, n. 2).

²⁵ PAULSSON, Marike R.P. The 1958 New York Convention in Action. Kluwer: The Hague, 2016, p. 156.

Quando da aplicação desses fundamentos pelo tribunal de reconhecimento, alguns princípios devem ser levados em consideração.

Primeiramente, a CNI adota como regra a presunção de validade da sentença arbitral (pressuposto positivo), relegando as causas de recusa ao plano da exceção (pressuposto negativo).

Em segundo lugar, o tribunal competente não pode rever o mérito da sentença arbitral (o que não significa que não irá analisar a sentença arbitral quando isto se fizer necessário para averiguar se algum dos fundamentos de recusa está presente²⁶).

Terceiro, pertence à parte requerida o ônus de produzir prova dos fundamentos de recusa, à exceção dos casos elencados no art. V, n. 2, da CNI, que podem ser verificados de ofício (sem prejuízo de também poderem ser invocados pela parte requerida).

Quarto, os fundamentos previstos no art. V da CNI são taxativos, não se permitindo recusar o reconhecimento com base em causa não elencada no art. V da CNI.

Finalmente, os fundamentos de recusa devem ser interpretados da forma mais restrita possível, conferindo-se, inclusive, margem de discricionariedade ao tribunal de reconhecimento, na medida em que o *caput* do art. V da CNI dispõe que o reconhecimento e a execução “*poderão*” (ao invés de “*deverão*”) ser indeferidos²⁷.

Entre os incisos do art. V, n. 1, da CNI, destaca-se a sua alínea “e” – em torno da qual circunda o problema examinado no presente trabalho –, na qual os redatores da CNI buscaram eliminar a exigência do *duplo exequatur*.

²⁶ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 270/271.

²⁷ Sobre os princípios gerais aplicáveis aos fundamentos de recusa: ICCA's guide ... [2011], p. 78/80; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter ... [2015], p. 621/624; NACIMIENTO, Patricia. Article V(1)(a). In: PORT, Nicola Christine; OTTO, Dirk; NACIMIENTO, Patricia; KRONKE, Herbert (org.). Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention. The Hague: Kluwer, 2010, p. 206/211; e PAULSSON, Marika R.P. The 1958 ... [2016], p. 164/165.

Isso pôde ser operacionalizado pelo emprego da palavra “*obrigatória*” (“*binding*”), ao invés de “*final/definitiva*”, na redação do art. V, n. 1, “e”, da CNI, ao contrário do que fazia a Convenção de Genebra de 1927, justamente com o intuito de deixar claro que a parte interessada está autorizada a requerer o reconhecimento da sentença arbitral a partir do momento em que não houver mais meio de impugnação a ela dentro do procedimento arbitral, sem necessidade de homologação prévia da sentença arbitral por tribunal do país onde tenha sido proferida²⁸.

Por sentença arbitral que “*ainda não se tornou obrigatória para as partes*”, entende-se a sentença arbitral que ainda não possui caráter definitivo, não tendo aptidão para produzir o efeito de vincular os sujeitos da relação processual a cumprirem a decisão tomada pelo árbitro ou tribunal arbitral²⁹. O que pretendeu a CNI, neste ponto, foi evitar somente a possibilidade de reconhecimento de sentença arbitral que ainda pudesse ser impugnada no seio do próprio procedimento arbitral³⁰.

Não obstante raramente trazer problema na prática³¹, o texto da CNI não aponta o momento em que a sentença arbitral se tornaria “*obrigatória*”, entendendo alguns autores que tal questão deve ser determinada segundo a lei do país onde a sentença arbitral tenha sido proferida³².

Neste ponto, a doutrina majoritária defende que a obrigatoriedade da sentença arbitral deve ser aferida de modo direto e autônomo, como sinônimo de seu caráter irrecorrível e imutável, quando não houver mais possibilidade de recurso para revisão do mérito da sentença arbitral dentro do próprio procedimento arbitral, seja este direcionado a uma segunda instância arbitral, ou a uma corte judicial, se tal possibilidade estiver expressamente prevista nas regras escolhidas pelas partes (o que não se confunde com a

²⁸ Nesse sentido: ICCA's guide ... [2011], p. 101; VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 337; CAMELO, Antonio Sampaio. O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária. Coimbra: Almedina, 2016, p. 177; PINHEIRO, Luís de Lima. Direito Internacional Privado – Vol. III. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 600; e DARWAZEH, Nadia. Article V(1)(e) ... [2010], p. 306/307 e 310.

²⁹ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) – Recusas fundadas no Artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 235/274.

³⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 473.

³¹ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V ... [2013], p. 235/274; e VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 43.

³² ICCA's guide ... [2011], p. 101; SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. Fouchard Gaillard ... [1999], p. 974.

ação de anulação da sentença arbitral, de caráter mais restrito, na qual, via de regra, não está a corte estatal autorizada a rever o mérito da sentença arbitral)³³.

Por fim, com efeito, a CNI confere sua “benção” para que a parte interessada se valha de lei ou tratado do país onde pretende busca o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, caso mais favoráveis ao reconhecimento do que as provisões da própria CNI. Trata-se do chamado princípio da máxima eficácia, conforme estabelece o art. VII(1) da CNI³⁴, segundo o qual:

“1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada”.

Como se vê, a CNI possui muitos aprimoramentos se comparada com o Protocolo de 1923 e a Convenção de 1927. O alcance da CNI é mais amplo, sendo aplicável a sentenças arbitrais proferidas em qualquer Estado, signatário, ou não, da CNI, diferentemente do que ocorria na Convenção de 1927, aplicável somente para as sentenças proferidas em Estados signatários.

Esse alcance da CNI, é verdade, poderia ser restringido pela chamada cláusula de reserva, contida no art. I, n. 3, da CNI³⁵. Porém, nos dias atuais, em que a CNI conta com a adesão de 159 países, é muito raro se deparar com hipótese de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira não englobada pela CNI, isto é, sentença arbitral proferida em país não contratante, cujo reconhecimento se pretenda em outro país que, embora signatário, tenha feito a reserva de reciprocidade.

³³ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 338/346; CAMELO, Antonio Sampaio. O reconhecimento e execução ... [2016], p. 178; PINHEIRO, Luís de Lima. Direito internacional privado ... [2012], p. 601/602; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter ... [2015], p. 650; SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V ... [2013], p. 235/274; e PAULSSON, Marike R.P. The 1958 ... [2016], p. 196.

³⁴ Para uma análise aprofundada do art. VII(1) da CNI: BOISSÉSON, Matthieu de ; BERNINI, Marcela Tarré. O Artigo VII da Convenção de Nova Iorque. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 133/148.

³⁵ “3. Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração”.

Outra melhoria importante consistiu em atribuir o ônus da prova quanto à presença de algum fundamento de recusa à parte requerida, ao invés da parte interessada em obter o reconhecimento, sem mencionar que a CNI eliminou o *duplo exequatur*.

O texto da CNI, por outro lado, comporta algumas críticas, a ponto de se discutir, atualmente, a elaboração de uma nova convenção ou de um protocolo adicional, com vistas ao desenvolvimento da arbitragem e, ainda, de modo a tratar de determinados problemas identificados ao longo do tempo.

Entre tais problemas, estão: (I) a limitação do termo “*acordo escrito*” previsto no art. II, que não se adequa à realidade atual do comércio internacional; (II) o fato de a CNI não tratar de medidas provisórias; (III) o fato de a CNI não abordar os fundamentos pelos quais a sentença arbitral pode ser anulada na sede da arbitragem; e (IV) a falta de clareza no texto do art. V, n. 1, “e”³⁶.

1.2.2. Art. V, n. 1, “e”, da CNI: “*may*” ou “*must*”?

O quinto fundamento de recusa previsto no art. V, n. 1, da CNI – em torno do qual orbita o problema tratado neste trabalho – está assim redigido:

“1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

...

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida”.

Trata-se da alínea “e” do art. V, n. 1, da CNI, a qual gera mais controvérsia em torno de sua interpretação do que os anteriores fundamentos do art. V, n. 1³⁷. A uma primeira vista, a CNI dispõe que o reconhecimento “*poderá*” (“*may*”) ser negado caso a

³⁶ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 34/35.

³⁷ “*This fifth ground for refusal of recognition and enforcement of an arbitral award (which, like the others, also appears in the Model Law) has given rise to more controversy than any of the previous grounds*”. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter ... [2015], p. 634.

sentença arbitral estrangeira tenha sido anulada ou suspensa por “*autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida*”.

Exemplificando, caso uma sentença arbitral suíça tenha sido anulada por tribunal estatal da Suíça, a mesma não poderá produzir efeitos (leia-se, ser executada) na Suíça, e, possivelmente, espera-se que também não em outros países.

Ressalte-se que apenas tem competência para anulação da sentença arbitral a autoridade judiciária competente “*do país onde, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida*”.

Refere-se, portanto, o art. V, n. 1, “e” da CNI ao controle de legalidade primário da arbitragem, exercido, em regra, por corte estatal do local onde a sentença arbitral foi proferida, com base na legislação interna desse país, diferentemente do controle secundário, efetuado pelo tribunal onde se busca o reconhecimento, limitado aos fundamentos de recusa da CNI³⁸.

E apenas a sentença arbitral anulada por decisão judicial transitada em julgado consiste em fundamento de recusa sob a alínea “e” do art. V, n. 1, da CNI. O mero ajuizamento de ação anulatória não constitui fundamento de recusa: caso assim fosse, a parte perdedora na arbitragem seria estimulada a sempre pleitear em juízo a anulação, para atrapalhar o trâmite regular do reconhecimento da sentença arbitral³⁹.

A hipótese em questão, na realidade, está prevista no art. VI da CNI, o qual assim estabelece:

“Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no Artigo V, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas”.

³⁸ ICCA's guide ... [2011], p. 102; VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 349/350; DARWAZEH, Nadia. Article V(1)(e) ... [2010], p. 319.

³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo ... [2009], p. 473/474; VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 350; ICCA's guide ... [2011], p. 102; e CAMELO, Antonio Sampaio. O reconhecimento e execução ... [2016], p. 180.

A discricionariedade conferida ao tribunal de reconhecimento pelo art. VI da CNI deve ser exercida através de uma ponderação entre (I) o direito da parte requerida de pleitear a anulação da sentença arbitral na origem, desde que o faça de boa-fé, e (II) a proteção do direito da parte requerente em buscar o reconhecimento da sentença arbitral (tarefa nem sempre fácil)⁴⁰.

A anulação ou suspensão por autoridade do país “*conforme a lei do qual*” a sentença arbitral tenha sido proferida se trata de “letra morta” na CNI, eis que raramente é admitida pelas legislações nacionais, e ainda mais raramente é utilizada pelas partes, pelo que pode ser desconsiderada do plano de aplicação da CNI⁴¹.

Já em relação à suspensão da sentença arbitral na origem, cumpre ressaltar que tal determinação deve ter ocorrido expressamente por decisão de corte estatal, não tendo lugar o fundamento de recusa previsto no art. V, n. 1, “e”, da CNI se a lei do país do local da arbitragem apenas estabelecer a suspensão *ope legis* dos efeitos da sentença arbitral com o mero ajuizamento de ação anulatória⁴².

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à questão mais controvertida da CNI: saber se, uma vez anulada pela autoridade competente na sede da arbitragem, o Estado de reconhecimento deve negar o reconhecimento à sentença arbitral, ou, ao invés disso, tem margem para decidir pela possibilidade de reconhecimento.

A questão não é simples. E, apesar de a regra geral ser a de que, uma vez anulada na origem, a sentença arbitral estrangeira não será reconhecida em outro país, doutrina e jurisprudência vêm apontando soluções diversas.

⁴⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 353/354.

⁴¹ Conforme Antonio Sampaio Caramelo, tal previsão corresponde aos casos de “deslocalização geográfica” da arbitragem, que teve nos antigos Direitos Francês, Alemão e Inglês algum suporte legal, porém, hoje já não existe. CAMELO, Antonio Sampaio. O reconhecimento e execução ... [2016], p. 181.

⁴² ICCA's guide ... [2011], p. 104; CAMELO, Antonio Sampaio. O reconhecimento e execução ... [2016], p. 180; SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V ... [2013], p. 235/274; VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration ... [1981], p. 351/352; DARWAZEH, Nadia. Article V(1)(e) ... [2010], p. 341/342.

A despeito de a CNI atribuir competência ao país do local (leia-se, da sede) da sentença arbitral para realizar o controle primário de legalidade da arbitragem, a CNI não restringe ou aborda os fundamentos que podem ser utilizados para anulação da sentença arbitral na origem.

Trata-se de matéria que a CNI relegou à lei interna do país da sede da arbitragem, o que, a rigor, pode ensejar que uma sentença arbitral seja anulada na origem em razão de regras específicas locais que, para tribunais de outros países, talvez não sejam suficientes para obstar a validade internacional de uma sentença arbitral (por exemplo, exigência de que todas as laudas da sentença arbitral sejam rubricadas pelos árbitros, ou de que o tribunal arbitral seja composto apenas por árbitros homens etc.).

Nesse sentido, como a CNI elenca *numerus clausus* os fundamentos de recusa, admitir que a anulação da sentença arbitral enseja, obrigatoriamente, a impossibilidade de seu reconhecimento em outro país teria o efeito de alargar o rol taxativo do art. V.

Isso porque, ao aplicar o art. V, n. 1, “e”, da CNI, o Estado de reconhecimento estaria, indiretamente, negando *exequatur* à sentença arbitral com base no fundamento local específico pelo qual ela foi anulada na origem, independentemente de esse fundamento não encontrar correspondência no texto da CNI.

Com vistas a evitar tal efeito, debate-se bastante acerca da discricionariedade do tribunal de reconhecimento diante de sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada na origem⁴³.

O *ratio* por trás da deferência contida no art. V, n. 1, “e” da CNI ao tribunal da sede da arbitragem consiste no entendimento de que este é o mais adequado para deter o controle sobre os procedimentos arbitrais conduzidos dentro de seu território, visando a evitar violação ao devido processo legal e a ocorrência de fraude, corrupção ou outra conduta imprópria por parte do tribunal arbitral.

⁴³ “The allowance for local requirements that is made in the New York Convention has been described by a former secretary-general of the ICC as: ... a hitherto rock-solid rampart against the true internationalism of arbitration, because in the award’s country of origin all means of recourse and all grounds of nullity applicable to purely domestic awards may be used to oppose recognition abroad”. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter ... [2015], p. 635.

Todavia, a pergunta mais pertinente talvez deva ser: até onde esse controle na sede pode ir? Deve o controle na sede da arbitragem se restringir aos fundamentos previstos nas alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI (fundamentos reconhecidos internacionalmente), ou pode ir além? E, sendo assim, o quanto além pode ir? O problema, portanto, quando da análise do art. V, n. 1, “e” da CNI é encontrar um equilíbrio adequado entre regulação estatal e liberalismo⁴⁴.

Como se verá mais adiante, os tribunais de alguns países já se mostraram preparados para reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na origem, com base em duas justificativas à luz da CNI.

A primeira dessas justificativas reside no princípio da máxima eficácia, previsto no art. VII, n. 1, da CNI, pelo qual a parte interessada em obter o reconhecimento pode se valer de lei nacional ou tratado ratificado pelo país de reconhecimento, caso mais favoráveis ao reconhecimento do que as disposições da CNI.

Sendo um dos objetivos da CNI que “*cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias*” (art. III), tal Convenção não priva a aplicação de regras mais favoráveis do que as suas.

E mais: impõe ao Estado signatário de reconhecimento que, havendo tais regras mais liberais, seja em lei interna ou outros tratados ratificados por esse país, aplique-as em detrimento do texto convencional⁴⁵. Como se verá adiante, E.U.A. e França – esta última principalmente – já reconheceram sentenças arbitrais estrangeiras anuladas com base nesse princípio.

A segunda é que os redatores da CNI utilizaram o verbo “*poderão*” (“*may*”) no seu art. V, a indicar permissividade ao tribunal de reconhecimento para reconhecer, ou não, a sentença arbitral estrangeira, ainda que esta tenha sido anulada na origem, ao invés da utilização de “*deverão*” (“*shall*”), que denota obrigatoriedade.

⁴⁴ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter ... [2015], p. 635.

⁴⁵ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter ... [2015], p. 635.

Conforme análise por JAN PAULSSON, entre os cinco idiomas oficiais em que a CNI foi redigida, em quatro está clara a permissividade do art. V da CNI: inglês, espanhol, russo e chinês. Apenas a versão francesa da CNI indica uma obrigatoriedade (“*ne seront refusées*” ... “*que si*”)⁴⁶, porém, ironicamente, a França é justamente o país que não enxerga na anulação da sentença arbitral estrangeira na origem um fundamento capaz de impossibilitar o seu reconhecimento (deslocalização francesa)⁴⁷.

É interessante notar que, em diversos momentos, principalmente se analisado seu texto em inglês, a CNI utiliza o verbo “*shall*”, a indicar obrigatoriedade, sendo este o caso dos arts. I, II, III e IV e VII da CNI. Todavia, especificamente no art. V, a opção dos redatores foi pelo verbo “*may*”.

Os registros dos trabalhos preparatórios da CNI mostram que o debate “*shall*” vs. “*may*” ocorreu bem mais à vista do art. VI da CNI, sob a preocupação de que a efetividade da CNI poderia restar prejudicada caso se impusesse ao tribunal de reconhecimento obrigação, e não faculdade, de adiar (“*adjourn*”) a decisão quanto à execução da sentença arbitral, diante da simples existência de ação de anulação em curso no país de origem da arbitragem.

Nessa hipótese, se conferiria à parte perdedora no procedimento arbitral a possibilidade de tumultuar o trâmite regular do processo de reconhecimento meramente aforando, no país de origem, uma ação anulatória⁴⁸. Assim, optou-se, no texto final, pelo verbo “*may*” no art. VI, permitindo ao tribunal de reconhecimento analisar, caso a caso, se deve, ou não, aditar sua decisão.

⁴⁶ Na redação em francês:

“*I. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve:*

...

(e) que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue”.

⁴⁷ PAULSSON, Jan. May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics. *Arbitration International*, Vol. 14, n. 2, LCIA, 1998.

⁴⁸ PAULSSON, Marika R.P.; SURESH, Supriya. Chapter 17 – The New York Convention’s 60th Anniversary: A Restatement for the New York Convention? GOMEZ, Katia Fach; LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana M. Kluwer: The Hague, 2019, p. 273/274.

Com relação ao art. V, os trabalhos preparatórios evidenciam alterações nas minutas do texto da CNI, até se chegar à adoção do verbo “*may*”. A minuta apresentada pela CCI, em 1953, valia-se do verbo “*shall*”.

Porém, nas versões que se seguiram (ECOSOC e *Dutch Proposal*), propôs-se a utilização do verbo “*may*”, mantido na versão final do texto convencional, não obstante as delegações da Alemanha e Bélgica terem sugerido alterar novamente para “*shall*”⁴⁹.

Nesse sentido, quando da aprovação do texto final, o secretário geral do comitê de elaboração da CNI registrou que o art. V “*confere ao país de execução poder discricionário para recusar o reconhecimento ou adiar sua decisão, se a parte que se opuser à execução provar que estão presentes determinados fundamentos lhe permitindo contestar a validade da sentença arbitral*” (tradução livre)⁵⁰.

Diante desse contexto histórico – à luz, inclusive, do art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵¹ – há coerência no argumento de que a CNI confere discricionariedade ao tribunal de reconhecimento para conceder *exequatur*, ou não, à sentença arbitral anulada no país de origem⁵².

⁴⁹ “*A República Federativa Alemã, por exemplo, insistia no espelhamento da regra com a Convenção de Genebra de 1927, cujo Art. II estabelece a expressão em obrigatoriedade, e que mantinha a fórmula adotada pelo Anteprojeto Preliminar da CCI de 1953. Seguiu a mesma abordagem o Reino Unido, diferentemente da Holanda, que apresentou proposta alternativa, e que em parte deu forma à versão final do Art. V da CNI (‘Recognition and enforcement of the award may only be refused if...’), conforme adotada pela Conferência Diplomática. A solução, portanto, ilustra o que a UNCITRAL bem sintetiza, em seu Guia, de que a Convenção de Nova Iorque confere aos tribunais dos Estados Contratantes ‘discricionariedade para denegar o reconhecimento e execução com base nos fundamentos listados no artigo V, sem obrigá-los a fazê-lo’.* POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. História e Memória da Arbitragem Comercial Internacional: ‘Travaux Préparatoires’ da Convenção de Nova Iorque de 1958. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 694/695.

⁵⁰ “[Article V]... gives the enforcing country a discretionary power to refuse enforcement or to adjourn the proceedings if the party opposing enforcement proves that there are certain specified grounds entitling him to contest the validity of the award in a court of law”. PAULSSON, Marike R.P.; SURESH, Supritha. Chapter 17 – The New York Convention’s 60th Anniversary ... [2019], p. 274/275.

⁵¹ “*Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:*

a) *deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou*

b) *conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado*”.

⁵² “... destaca-se a adoção pela Convenção da teoria territorialista em sua forma moderada, visto que a linguagem utilizada no art. V(1)(e) estabelece que a autoridade judiciária competente do Estado em que se pretende o reconhecimento poderá negar a homologação caso ... Assim, ao conferir certa discricionariedade às Cortes para que reconheçam sentenças arbitrais anuladas na sede da arbitragem, a Convenção relativiza o peso do controle da sentença feito pelo Poder Judiciário do local da sede”. GRION, Renato Stephan; ZANELATO, Thiago Del Pozzo. Aspectos históricos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 354/355.

Contudo, a questão não se resolve por um exercício de sintaxe e linguística à vista do texto da CNI.

Pelo contrário, existem argumentos convincentes pendendo tanto para a impossibilidade, como para a possibilidade de reconhecimento, e essa questão precisa ser debatida mirando (I) os objetivos que a arbitragem internacional deseja alcançar e (II) os principais problemas a serem evitados para se atingir esses objetivos.

De fato, entre coibir o chamado *forum shopping* e impedir que anulações teratológicas, corruptas ou políticas de sentenças arbitrais produzam efeitos internacionais, não é tarefa fácil encontrar um equilíbrio.

A margem de discricionariedade conferida na redação do art. V, n. 1, “e” se trata apenas do ponto de partida para uma discussão que, há décadas, vem sendo travada tanto em âmbito doutrinário, como jurisprudencial.

1.3. Convenção Europeia de 1961.

Resultado de anos de trabalho da Comissão Econômica das Nações Unidas na Europa, em 1961, foi celebrada a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, cujo objetivo era eliminar disparidades de leis de arbitragem nacionais entre os países da Europa do Leste e do Oeste⁵³.

À época de sua celebração, observou-se que a Convenção Europeia não poderia repetir a CNI, deixando de regulamentar as causas de anulação da sentença arbitral no país da sede da arbitragem ou no país cuja lei foi utilizada no procedimento arbitral.

Isso porque, diferentemente da CNI, a Convenção Europeia não tem escopo restrito ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Diferentemente disso, regulamenta todo o procedimento arbitral de forma abrangente.

⁵³ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished? ICSID Review, 2014, p. 11.

No caso da Convenção Europeia, a preocupação era muito menos eliminar o *duplo exequatur*, como ocorreu na elaboração da CNI, e sim evitar que sentenças arbitrais fossem tornadas sem efeito no país de origem por razões que não conduzissem aos fundamentos internacionalmente aceitos para anulação de sentença arbitral, isto é, com base em regras específicas do local da arbitragem⁵⁴.

Nesse sentido, a solução adotada foi a inovação de reduzir os efeitos internacionais da decisão de anulação da sentença arbitral, excluindo, no art. IX da Convenção Europeia, o que seria o conteúdo do art. V, n. 1, “e”, da CNI como fundamento de recusa ao reconhecimento, mantendo-se, por outro lado, as quatro causas de anulação listadas nos incisos “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI⁵⁵.

Diversamente da CNI, cujo art. V, n. 1, “e”, como regra, obsta o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada na origem não obstante o motivo dessa anulação, o texto do art. IX da Convenção Europeia ficou assim redigido:

“Artigo IX – Anulação da sentença arbitral.

1. A anulação, em um estado contratante, de uma sentença arbitral contemplada por esta convenção deverá apenas configurar um fundamento de recusa de reconhecimento e execução em outro estado signatário quando tal anulação tiver ocorrido no país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida e por alguma das seguintes razões:

- a) incapacidade das partes outorgantes da convenção de arbitragem, nos termos da lei que lhes é aplicável, ou invalidade da referida convenção ao abrigo da lei a que as partes a sujeitaram ou, no caso de omissão quanto à lei aplicável, ao abrigo da lei do país em que for proferida a sentença;*
- b) a parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada quer da designação do árbitro quer do processo de arbitragem, ou de que lhe foi impossível, por outro motivo, deduzir a sua contestação;*
- c) a sentença diz respeito a um litígio que não foi objeto da convenção de arbitragem, ou contém decisões que extravasam os termos da convenção de arbitragem; no entanto, se o conteúdo da sentença referente a questões submetidas à arbitragem puder ser destacado do referente a questões não submetidas à arbitragem, o primeiro poderá ser reconhecido e executado;*
- d) a constituição do tribunal arbitral ou o processo de arbitragem não estava em conformidade com a convenção das partes ou, na falta de tal convenção, não estava em conformidade com o disposto no art. IV desta convenção.*

⁵⁴ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the setting aside ... [2014], p. 12.

⁵⁵ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 62/63.

2. *Nas relações entre os estados contratantes que também são signatários da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 10 de junho de 1958, o parágrafo 1 deste artigo limita a aplicação do art. V(1) 'e' da Convenção de Nova Iorque apenas aos casos referidos no parágrafo 1 acima*” (tradução livre)⁵⁶.

O art. IX da Convenção Europeia não estabelece causas de anulação da sentença arbitral a serem incluídas em leis de arbitragem nacionais.

Ao invés disso, restringe o fundamento de recusa ao reconhecimento previsto no art. V, n. 1, “e”, da CNI apenas às hipóteses em que a sentença arbitral tenha sido anulada com base em algum dos fundamentos listados na Convenção Europeia, verdadeira cópia, nesse aspecto, dos fundamentos de recusa das alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI.

O resultado atingido é o de que os efeitos internacionais do controle de legalidade primário da sentença arbitral ficam restritos aos mesmos fundamentos de recusa que poderão ser arguidos em outro país para fins de obstar o reconhecimento (controle secundário)⁵⁷.

Logo, uma anulação de sentença arbitral com base em regras de arbitrabilidade ou de ordem pública local do Estado sede da arbitragem não se trata, à luz da Convenção Europeia, de fundamento a obstar o reconhecimento em outro país.

⁵⁶ Redação original em inglês:

“Article IX - Setting aside of the arbitral award.

1. The setting aside in a Contracting State of an arbitral award covered by this Convention shall only constitute a ground for the refusal of recognition or enforcement in another Contracting State where such setting aside took place in a State in which, or under the law of which, the award has been made and for one of the following reasons:

(a) the parties to the arbitration agreement were under the law applicable to them, under some incapacity or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made, or

(b) the party requesting the setting aside of the award was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration need not be set aside;

(d) the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or failing such agreement, with the provisions of Article IV of this Convention.

2. In relations between Contracting States that are also parties to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10th June 1958, paragraph 1 of this Article limits the application of Article V(1)(e) of the New York Convention solely to the cases of setting aside set out under paragraph 1 above”.

⁵⁷ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the setting aside ... [2014], p. 12.

A solução adotada pela Convenção Europeia tem o mérito de impedir o indireto alargamento dos fundamentos de recusa previstos no art. V, n. 1, da CNI, já que as razões de anulação da sentença arbitral que podem levar ao seu não reconhecimento em outro país ficam limitadas aos mesmos fundamentos de recusa do art. V, n. 1, da CNI.

Além disso, a Convenção Europeia breca o efeito absoluto da decisão anulatória da sentença arbitral no país de origem, obstando, em teoria, que anulações teratológicas ou baseadas em especificidades locais não aceitas internacionalmente impeçam a sentença arbitral de produzir seus efeitos em outros países. Observa-se, na Convenção Europeia, a “semente” do que viria a se tornar a teoria da deslocalização⁵⁸.

De outro lado, conforme aponta VAN DEN BERG, a solução adotada na Convenção Europeia não é isenta de dificuldades, por dois motivos.

Primeiramente, o art. IX, n. 1, da Convenção Europeia se refere apenas à “*anulação em um estado contratante*”. Tal limitação de fundamentos prevista do art. IX, portanto, não se aplica se a sentença arbitral não tiver sido proferida em um Estado signatário da Convenção Europeia, a tornar seu sistema desarmônico, pois, ao mesmo tempo que seu art. 1, “a”, exige que as partes na arbitragem pertençam a Estados contratantes diferentes, não requer que o procedimento arbitral tenha sido sediado ou que a sentença tenha sido proferida em um país contratante⁵⁹.

Em segundo lugar, na forma do art. IX, n. 2, da Convenção Europeia, se uma sentença arbitral tiver sido anulada em país membro da Convenção Europeia, seu reconhecimento não poderá ser recusado à luz da CNI em outro Estado membro da Convenção Europeia.

⁵⁸ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 67/68

⁵⁹ “Article I – Scope of the Convention.

1. This Convention shall apply:

(a) to arbitration agreements concluded for the purpose of settling disputes arising from international trade between physical or legal persons having, when concluding the agreement, their habitual place of residence or their seat in different Contracting States;

(b) to arbitral procedures and awards based on agreements referred to in paragraph 1(a) above”.

Todavia, se o reconhecimento da mesma sentença arbitral for requerido a um Estado signatário da CNI não parte da Convenção Europeia (e há muitos desses países), o reconhecimento, em regra, deverá ser recusado, em razão do disposto no art. V, n. 1, “e”, da CNI. Tal situação geraria a inconsistência de uma mesma sentença arbitral anulada na origem poder ser reconhecida em um país (membro da Convenção Europeia), enquanto não em outro (signatário da CNI e não membro da Convenção Europeia)⁶⁰.

VAN DEN BERG, todavia, minimiza os efeitos da Convenção Europeia, sob a afirmação de ser rara sua aplicação e de que importantes países com tradição arbitral da Europa decidiram não a ratificar, como Inglaterra, Suíça, Suécia e Holanda⁶¹.

O fato é que, para alguns autores, a solução encontrada na Convenção Europeia representou uma fonte de estabilidade internacional da sentença arbitral, ao passo que, para outros, a análise é oposta, conforme aponta ADRIANA BRAGHETTA, cuja opinião é a de que a Convenção Europeia representou uma ruptura na filosofia que havia inspirado os tratados anteriores, já que, até então, como regra, a anulação da sentença arbitral implicava sua perda de existência e da possibilidade de circulação internacional.

Ou seja, houve uma mudança de filosofia alterando as bases do enraizamento da sentença arbitral a uma determinada ordem jurídica, sem que isto signifique, contudo, que o controle da arbitragem na sua sede teria passado a ser irrelevante. Ao invés disso, apenas teve seus efeitos internacionais enquadrados nos itens do art. IX da Convenção Europeia⁶².

1.4. Convenção de Washington de 1965.

O *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (“ICSID”) é parte integrante do Grupo Banco Mundial, sediado em Washington D.C., nos E.UA. Trata-se de instituição autônoma, multilateral e especializada, cujos objetivos são encorajar o fluxo internacional de investimento e mitigar riscos não comerciais.

⁶⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan. *Should the setting aside ...* [2014], p. 13.

⁶¹ VAN DEN BERG, Albert Jan. *Should the setting aside ...* [2014], p. 13.

⁶² LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. *Comparative Commercial International Arbitration*. Kluwer: The Hague, 2003, p. 694/695.

O ICSID foi criado, em 1965, por meio da *Convenção sobre a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados* (“Convenção de Washington” ou “Convenção ICSID”), a qual, atualmente, conta com ratificação por 154 países⁶³.

A não ser que uma sentença arbitral proferida pelo ICSID seja revista ou anulada sob as regras procedimentais desse próprio órgão, cada Estado contratante tem o dever de reconhecer a sentença arbitral ICSID como se fosse uma decisão definitiva proferida por suas próprias cortes nacionais, executando a obrigação imposta na sentença arbitral ICSID dentro de seu território.

Para esse fim, os Estados contratantes têm a obrigação de designar a corte ou autoridade competente que deverá apreciar diretamente o pedido de execução da sentença arbitral ICSID⁶⁴.

Segundo o art. 53, n. 1, da Convenção ICSID, “*a sentença vincula as partes e não será objeto de qualquer recurso ou quaisquer outros remédios que não os previstos nesta Convenção*” (tradução livre)⁶⁵.

Por sua vez, o art. 54, n. 1, da Convenção ICSID determina que “*cada Estado contratante reconhecerá a sentença proferida conforme esta Convenção como vinculativa e executará as obrigações pecuniárias impostas por essa sentença dentro de seu território como se fosse uma decisão definitiva de uma corte desse Estado*” (tradução livre)⁶⁶.

⁶³ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (acesso em 01.07.2019).

⁶⁴ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter ... [2015], p. 648/649.

⁶⁵ “Article 53. (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention”.

⁶⁶ “Article 54. (1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state”.

Trata-se, nas palavras de HAMID G. GHARAVI, da mais revolucionária provisão da Convenção ICSID, pois opera uma transferência, para o ICSID, das prerrogativas dos Estados de signatários de controle de legalidade sobre a sentença arbitral⁶⁷.

Os “*remédios*” a que se refere o art. 53, n. 1, são restritos à anulação, revisão ou interpretação de uma sentença arbitral apenas pelo próprio ICSID.

Somente um comitê do ICSID pode anular a sentença: a anulação ou qualquer outro tipo de revisão da sentença por tribunais nacionais não é autorizada pela Convenção ICSID⁶⁸, cujo art. 52, n. 1, lista *numerus clausus* os fundamentos pelos quais o próprio ICSID pode anular a sentença, os quais não são diferentes dos fundamentos do art. V, n. 1, da Convenção de Nova Iorque, ou do art. IX da Convenção Europeia, apesar de a redação ser um pouco diferente⁶⁹.

Uma notável diferença, todavia, mostra-se presente: as causas de anulação no art. 52 da Convenção ICSID não incluem a violação à ordem pública. Como visto, na forma do art. 54, n. 1, a execução de uma sentença ICSID é automática, sem que haja a possibilidade de um tribunal nacional rever novamente a sentença arbitral com base em fundamentos de recusa ao reconhecimento.

Nesse sistema, no qual o controle da sentença fica concentrado em um comitê *ad hoc* do ICSID (art. 52), e a execução da sentença é automática (art. 54), não há que se falar em: (I) duplo controle da sentença arbitral; (II) decisões conflitantes (na sede da arbitragem e no Estado de reconhecimento); ou (III) efeito universal da decisão judicial anulatória da sentença arbitral com base na ordem pública local ou em normais locais; assim como (IV) não tem lugar questionamento sobre qual tribunal detém a palavra final

⁶⁷ GHARAVI, Hamid G. *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*. The Hague: Kluwer, 2002, p. 177/178.

⁶⁸ GHARAVI, Hamid G. *The International Effectiveness ...* [2002], p. 177 – “No court of any contracting State to the ICSID Convention may hear an annulment action against an ICSID Award. The decision over the annulment of an ICSID award rests exclusively in the hands of an *ad hoc* Committee of three members appointed by the Chairman of ICSID's Administrative Council”.

⁶⁹ “Article 52. (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based”.

acerca da validade internacional de sentença arbitral que tenha sido anulada por tribunal no país da sede da arbitragem⁷⁰.

O problema, portanto, quanto ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada na origem não tem lugar no sistema da Convenção ICSID⁷¹.

O mesmo, porém, não pode ser dito sobre as arbitragens de investimento regidas (I) por tratados bilaterais (“BITS”) não prevendo arbitragem ICSID ou (II) sob as *ICSID Additional Facility Rules*, criadas em 1978, as quais contemplam resolução de conflitos por arbitragem, conciliação e outros serviços para certas disputas de investimentos fora do escopo da Convenção ICSID⁷². Nesta última hipótese, a sentença arbitral deverá ser reconhecida e executada, em regra, aplicando-se o sistema da CNI^{73 74}.

No caso dos BITS, muitos deles preveem a arbitragem ICSID para a resolução dos litígios. No entanto, alguns conferem às partes a possibilidade de escolha entre a arbitragem ICSID ou sob as regras da UNCITRAL (às vezes perante a CCI ou a Câmara de Comércio de Estocolmo, entre outras). Neste caso, não obstante se tratar de uma arbitragem de investimento, a sentença arbitral estará sujeita à anulação no país da sede da arbitragem e à reconhecimento, em outros Estados, sob as regras da CNI⁷⁵.

1.5. Convenção do Panamá de 1975.

A *Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional*, celebrada em 1975 (“Convenção do Panamá”), que, atualmente, conta com 19 países aderentes⁷⁶, foi cuidadosamente desenhada para que seu texto fosse compatível com as provisões da CNI⁷⁷.

⁷⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the setting aside ... [2014], p. 21.

⁷¹ Sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais proferidas sob a Convenção de Washington: PUCCI, Adriana Noemi. Resolução de Disputas Investidor-Estado: A Convenção de Nova Iorque e a Convenção de Washington: In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 722/725.

⁷² Para mais informações: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>.

⁷³ LEW, Julian D.M; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. Comparative Commercial ... [2003], p. 695.

⁷⁴ Sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais investidor-Estado pela CNI: PUCCI, Adriana Noemi. Resolução de Disputas Investidor-Estado ... [2019], p. 726/729.

⁷⁵ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the setting aside ... [2014], p. 21.

⁷⁶ www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html (acesso em 01.07.2019).

⁷⁷ “It is said that the Panama Convention 1975 ‘was carefully drawn up so as to be fully compatible with the New York Convention 1958’”. VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975:

Nesse sentido, vê-se que a Convenção do Panamá, assim como a CNI, não trata das causas de anulação da sentença arbitral na origem.

Pelo contrário, apenas transcreve em seu art. 5º, quase que nas mesmas palavras⁷⁸, os fundamentos de recusa elencados no art. V da CNI, inclusive mantendo o verbo “poderão” (“may”) no *caput* do art. 5º, e a hipótese em “(e) *que a sentença não é ainda obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do estado em que, ou de conformidade com cuja lei, foi proferida essa sentença*”⁷⁹.

O problema ora em exame, portanto, não comporta diferença na Convenção do Panamá em comparação com o texto da CNI. Além disso, todos os 19 país aderentes da Convenção do Panamá também são signatários da CNI.

1.6. Lei Modelo da UNCITRAL de 1985 (emendada em 2006).

A Lei Modelo da UNCITRAL de 1985 (“Lei Modelo”) representou outro grande marco na arbitragem internacional. Após alguns anos de experiência com a CNI, promulgada em 1958, e em face de grandes discrepâncias das leis nacionais, fazia-se mesmo necessário um modelo de lei, preparado por arbitralistas de vários países, que servisse de norte e base para uma uniformização mundial⁸⁰.

Trata-se de um caso de sucesso, incorporado, inclusive, pelas leis de arbitragem de muitos países⁸¹, assim como serviu de inspiração para outros (como Portugal e Brasil).

Redundancy or Compatibility? Disponível em: www.hvdb.com/wp-content/uploads/1989-AJvdB-The-NYC-and-the-Panama-Convention.pdf.

⁷⁸ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). Redfern and Hunter ... [2015], p. 651/652.

⁷⁹ “1. *Somente poderão ser denegados o reconhecimento e a execução da sentença por solicitação da parte contra a qual for invocada, se esta provar perante a autoridade competente do Estado em que forem pedidos o reconhecimento e a execução: ... e) que a sentença não é ainda obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do estado em que, ou de conformidade com cuja lei, foi proferida essa sentença*”.

⁸⁰ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 82.

⁸¹ Segundo informação colhida na página da UNCITRAL na Internet, 80 países, de um total de 111 jurisdições, adotaram a Lei Modelo. Alguns desses países são: Austrália (2010), Áustria (2006), Bélgica (2013), Canadá (1986), Chile (2004), China (Hong Kong, em 2010, e Macau, em 1998), Costa Rica (2011), Croácia (2001), Dinamarca (2005), Egito (1994), Alemanha (1998), Grécia (1999), Hungria (1994), Irlanda (2010), Japão (2003), Lituânia (2012), México (1993), Nova Zelândia (2007), Noruega (2004), Paraguai (2002), Peru (2008), Polônia (2005), Qatar (2017), Coreia do Sul (2016), Rússia (1993), Arábia Saudita (2012), Singapura (1994), África do Sul (2017), Espanha (2003), Turquia (2001) e Venezuela (1998), além dos Estados norte-americanos da Califórnia (1988), Connecticut (1989), Flórida (2010), Geórgia (2012), Illinois (1998), Louisiana (2006), Oregon (1991) e Texas (1989). Para a lista completa: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

De fato, é impensável, atualmente, que um país reedite sua lei interna sobre arbitragem sem, antes, estudar o conteúdo da Lei Modelo.

A Lei Modelo é direcionada à arbitragem internacional (art. 1), a qual é definida de forma bastante ampla em seu art. 1, n. 3, *verbis*:

“3 – Uma arbitragem é internacional se:

(a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou

(b) um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede;

(i) o local da arbitragem, se estiver fixado na convenção ou for determinável de acordo com esta;

(ii) qualquer local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto do litígio tenha maior ligação; ou

(c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais do que um país”.

O texto da Lei Modelo teve como norte um maior grau de harmonização entre países, a consolidação da ampla autonomia do procedimento arbitral (seja pela vontade das partes, seja – na sua falta – pelos árbitros) e o respeito a um processo justo e equitativo, reduzindo, em certa medida, os vínculos com a sede.

Outro aspecto relevante é que, apesar de seguir as premissas delineadas na CNI em relação ao reconhecimento e à execução, a Lei Modelo deu um passo adiante, uma vez que se aplica a sentenças internacionais, sejam estas estrangeiras ou não. Além disso, não obstante sua meta seja regular as arbitragens internacionais, a Lei Modelo também pode ser utilizada para arbitragens domésticas⁸².

Um dos assuntos de maior debate durante a preparação da Lei Modelo consistiu nas causas de anulação da sentença arbitral, ponto que era visto como imprescindível ao sucesso da Lei Modelo. Como a CNI não definiu os motivos pelos quais uma sentença

⁸² BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 85.

arbitral poderia ser anulada, a opção escolhida na Lei Modelo foi manter uma harmonia com os fundamentos de não reconhecimento previstos na CNI.

O intuito era reduzir o papel da sede da arbitragem, na medida em que, se os casos de anulação fossem diversos dos fundamentos previstos na CNI, os motivos de recusa à sentença arbitral no local da sede, indiretamente, teriam uma importância dilatada⁸³.

A redação final do art. 34, n. 2, da Lei Modelo, então, ficou assim, adotando-se como causas de anulação da sentença arbitral, após alguns ajustes no texto⁸⁴, os mesmos fundamentos de recusa do art. V da CNI, já vistos como as bases internacionalmente aceitas para poder se insurgir contra uma sentença arbitral:

“2 – A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal referido no artigo 6.º se:

(a) a parte que faz o pedido fizer prova de que:

i) uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7.º estava ferida de uma incapacidade; ou que a dita convenção não é válida nos termos da lei a que as partes o tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da Lei do presente Estado; ou

ii) a parte não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou

iii) a sentença tem por objeto um litígio não referido ou não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito dessa convenção, sendo que se as decisões sobre as matérias submetidas à arbitragem puderem ser separadas das questões não submetidas, apenas a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas a arbitragem pode ser anulada; ou

iv) a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes ao acordo das partes, a menos que este acordo contrarie uma disposição da presente lei que as partes não possam derogar, ou que, na falta de um tal acordo, não estão conformes à presente lei; ou

(b) o tribunal constatar:

i. que o objeto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou

ii. que a sentença contraria a ordem pública do presente Estado”.

⁸³ HOLTZMANN, Howard J.; NEUHAUS, Joseph E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Kluwer: The Hague, 1989, p. 911 e 915.

⁸⁴ Para análise desses ajustes: HOLTZMANN, Howard J.; NEUHAUS, Joseph E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ... [1989], p. 915/920.

A comissão redatora da Lei Modelo foi tímida em um importante aspecto que impacta na circulação de sentenças arbitrais a nível internacional. Discutiu-se bastante, ante a já existente corrente do conceito bifurcado entre ordem pública internacional e ordem pública local, se deveria constar da Lei Modelo que só a violação à ordem pública internacional justificaria a anulação da sentença arbitral.

Todavia, prevaleceu o entendimento de que a anulação unicamente em caso de violação à ordem pública internacional poderia gerar conflitos indesejáveis com a CNI, além do que a ideia ainda não era aceita de forma ampla, de modo que a redação final do art. 34, n. 2, “b”, “ii”, adotou a expressão “*ordem pública do presente Estado*”⁸⁵.

Ainda, muito se discutiu sobre erros procedimentais durante a redação do art. 34, e se deveriam ou não justificar a anulação da sentença arbitral, optando-se pela regra da preclusão (isto é, os erros devem ser invocados pela parte interessada a tempo), conforme restou reproduzido no art. 4 da Lei Modelo⁸⁶, *verbis*:

“Considera-se que a parte, que saiba que uma das disposições da presente Lei que as partes podem derrogar ou qualquer condição da convenção de arbitragem não foi respeitada, renunciou ao seu direito de oposição se prosseguir com a arbitragem sem deduzir oposição de imediato ou, caso haja um prazo estabelecido para esse efeito, dentro desse prazo”.

Além disso, decidiu-se por manter o verbo “*pode*” (“*may*”) na redação do art. 34 da Lei Modelo, o qual confere margem de discricionariedade à corte para não anular uma sentença arbitral mesmo na presença de algum dos motivos de anulação previstos no art. 34, n. 2, da Lei de Modelo⁸⁷.

Já no que toca ao art. 36 da Lei Modelo, que trata dos fundamentos de não reconhecimento da sentença arbitral internacional, muito se debateu se, de fato, fazia-se necessário abordar o assunto na Lei Modelo, haja vista que a CNI regulava o assunto e

⁸⁵ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 89.

⁸⁶ HOLTZMANN, Howard J.; NEUHAUS, Joseph E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ... [1989], p. 921/922, 936, 954 e 955; e BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 89.

⁸⁷ HOLTZMANN, Howard J.; NEUHAUS, Joseph E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ... [1989], p. 922 e 981/982.

seria pouco provável que algum país adotasse a Lei Modelo sem ter ratificado a CNI. Nesse ponto, prevaleceu o ponto de vista de que a Lei Modelo seria incompleta sem prever os fundamentos de recusa ao reconhecimento⁸⁸.

O escopo do art. 36 da Lei Modelo é maior do que o do art. V da CNI, já que inclui todas as sentenças arbitrais internacionais, independentemente de onde tenham sido proferidas, abrangendo, portanto, sentenças internacionais proferidas no mesmo país onde se busca o reconhecimento (sentenças domésticas e estrangeiras).

Eis a redação do art. 36 da Lei Modelo, o qual, com alguns ajustes, é um “espelho” tanto dos fundamentos de recusa do art. V, quanto da possibilidade de suspensão prevista no art. VI, ambos da CNI:

“1 – O reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, só pode ser recusado:

(a) A pedido da parte contra a qual foi invocada, se essa parte fornecer ao tribunal competente ao qual foi pedido o reconhecimento ou a execução, prova de que:

i. Uma das partes na convenção de arbitragem referida no artigo 7.º estava ferida de uma incapacidade; ou que a dita convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da Lei do país onde a sentença foi proferida; ou

ii. A parte, contra a qual a sentença é invocada, não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou

iii. A sentença tem por objeto um litígio não referido ou não abrangido pela convenção de arbitragem ou que contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito desse acordo, sendo que se as decisões sobre as matérias submetidas à arbitragem puderem ser separadas das questões não submetidas, apenas a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem pode ser anulada; ou

iv. A constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes ao acordo das partes ou, na falta de tal acordo, à lei do país onde a arbitragem teve lugar; ou

v. A sentença se não tenha tornado ainda obrigatória para as partes ou tenha sido anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou ao abrigo de cuja lei, a sentença tenha sido proferida; ou

(b) O tribunal constatar:

⁸⁸ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 90.

i. *Que o objeto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou*

ii. *Que o reconhecimento ou a execução da sentença contrariam a ordem pública do presente Estado.*

2 – *Se uma ação de anulação ou de suspensão de uma sentença tiver sido apresentada a um tribunal referido no parágrafo 1.º, alínea a), subalínea v. deste artigo, o tribunal ao qual foi pedido o reconhecimento ou a execução pode, se o julgar apropriado, adiar a sua decisão e pode também, a requerimento da parte que pede o reconhecimento ou a execução da sentença, ordenar à outra parte que preste garantias adequadas”.*

Não obstante a harmonização pretendida pela Lei Modelo em relação ao texto da CNI, os redatores da Lei Modelo optaram por não incluir nesta qualquer possibilidade de reserva de reciprocidade, tal qual há no art. I, n. 3, da CNI, sem prejuízo de algum Estado, ao adotar a Lei Modelo, poder incluir previsão expressa a esse respeito na parte de reconhecimento e execução.

Além disso, os redatores da Lei Modelo decidiram por não introduzir o termo “*ordem pública internacional*” no art. 36, utilizando a expressão “*ordem pública do presente Estado*”⁸⁹.

Especificamente para os fins deste trabalho, vê-se que a Lei Modelo repete o art. V, n.1, “e”, da CNI em seu art. 36, n.1, “a”, “v”, sem restringir ou especificar que anulações da sentença arbitral na origem poderiam levar ao seu não reconhecimento em outro país, diferentemente do que fez a Convenção Europeia de 1961.

Uma redação mais próxima do texto da Convenção Europeia chegou até a ser sugerida, quando da elaboração da Lei Modelo da UNCITRAL, porém, a visão prevalecente foi a de que a restrição dos motivos de anulação da sentença arbitral não se tratava de uma regra amplamente aceita, além de ser muito ambiciosa e sua aplicação poder levar a inconsistências⁹⁰.

⁸⁹ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 91 e 93.

⁹⁰ “Some support was expressed for retaining the text between the third square brackets which was modeled on article IX of the European Convention on International Commercial Arbitration [484, U.N. T.S. 349] (Geneva 1961). The prevailing view, however, was to delete that text since the restriction expressed therein was not generally acceptable and, thus, too ambitious and its application could lead to difficulties”. HOLTZMANN, Howard J.; NEUHAUS, Joseph E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ... [1989], p. 1.086.

Também se debateu se a expressão em inglês “*may be refused*”, que consta do texto original da CNI, deveria ser substituída por “*shall be refused*” (valendo lembrar que a discricionariedade inserida no verbo “*may*” no texto da CNI é justamente um dos argumentos utilizados pelos defensores da possibilidade de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira anulada na origem).

Apesar da repercussão do vocábulo “*may*” não ter sido antevista quando da elaboração da CNI, durante os preparativos da Lei Modelo, em 1985, a situação era diversa, e os arbitralistas já haviam tido contato com as dificuldades de interpretação entre os textos em inglês e francês da CNI⁹¹.

Neste ponto, a decisão foi pela utilização da expressão “*may be refused*”, o que, conforme comentam HOWARD HOLTZMANN e JOSEPH NEUHAUS, pode se justificar pela procura da Lei Modelo em harmonizar seu texto com o da CNI, que privilegiou certa flexibilidade quanto ao reconhecimento, ou não, da sentença arbitral anulada⁹². Não obstante, a visão prevalecente à época era a de que a anulação da sentença arbitral na origem impedia seu reconhecimento em outros países, à vista do art. V, n. 1, “e”, da CNI e do art. 36, n. 1, “a”, “v”, da Lei Modelo⁹³.

De um lado, a Lei Modelo ajudou a reduzir o papel da sede da arbitragem, na medida em que procurou uniformizar e limitar as causas de anulação da sentença arbitral, equiparando tais causas aos fundamentos de recusa, o que permitiu que diversos países que nem eram cogitados como sede de arbitragens passassem a sê-lo.

Todavia, por outro ângulo, reforçou a importância do papel da sede da arbitragem, inclusive no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais em outros países. Assim o fez ao deixar de utilizar o termo “*ordem pública internacional*” e não restringir as

⁹¹ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 95/07.

⁹² “*Its report offers no explanation, but it may be inferred that, in addition to the general desire to align Article 36 with the New York Convention, it was thought preferable to provide a general power of ‘flexibility’ with respect to granting or refusing recognition of enforcement*”. HOLTZMANN, Howard J.; NEUHAUS, Joseph E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ... [1989], p. 1.058.

⁹³ “*The setting aside of an award at the place of origin prevents enforcement of that award in all other countries by virtue of article V(1)(e) of the 1958 New York Convention and article 36(1)(a)(v) of the Model Law*”. Citado em: BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 97.

hipóteses de anulação nos moldes da Convenção Europeia, além de fazer referência expressa ao papel da sede da arbitragem em várias de suas disposições⁹⁴.

A bem da verdade, a Lei Modelo adotou a corrente territorialista, o que se confirma, inclusive, pelas notas explanatórias da UNCITRAL à Lei Modelo, esclarecendo que tal opção se deveu por proporcionar maior segurança jurídica às partes e ser aceito por um grande número de países⁹⁵. A lei francesa, por exemplo, dotada de paradigmas mais liberais, já estava em vigor quando da elaboração da Lei Modelo, e, ainda assim, não influenciou no resultado desta última.

Enxergando o problema objeto deste trabalho sob o ângulo do Estado de reconhecimento, à luz da Lei Modelo, de fato, não se identifica diferença no problema da sentença arbitral estrangeira anulada na origem em comparação com a CNI. A Lei Modelo até poderia ter se aproximado mais dos termos do art. IX da Convenção Europeia de 1961, mas optou por não o fazer.

Ao incluir como motivo de anulação a ordem pública do Estado da sede da arbitragem (art. 34, n. 2., “b”, “ii”) – não obstante seu intento em harmonizar os motivos de anulação com os fundamentos de reconhecimento, tomando por base a lista contida no art. V, n. 1, “e”, da CNI –, a Lei Modelo não obsta que uma sentença arbitral venha a ser anulada na origem por regra específica local ou ordem pública local, anulação cujos efeitos internacionais passarão pelas mesmas controvérsias e discussões pelas quais passa o texto da CNI.

1.7. Isolada posição do Código de Processo Civil francês, reformado em 2011.

Como já visto, a CNI tem como objetivo primordial que “*cada Estado reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada*” (art. III).

⁹⁴ Para uma análise sobre todas as referências à sede da arbitragem na Lei Modelo: BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 98.

⁹⁵ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/07-86998_ebook.pdf (cf. item 14, p. 26/27 – acesso em 01.07.2019): “*The territorial criterion governing most of the provisions of the Model Law was adopted for the sake of certainty ...*”.

Além disso, a CNI confere sua benção para que a parte interessada se valha de outros tratados ou de lei doméstica do foro de reconhecimento mais favoráveis (art. VII, n. 1). Logo, um país pode reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras, não obstante esteja presente algum dos fundamentos de recusa previstos no art. V da CNI, desde que esse país seja signatário de tratado ou possua lei interna mais favorável.

É este, justamente, o caso da França. Desde 1981, quando primeiramente reformulou sua legislação sobre arbitragem, a França buscou se consagrar como uma sede apropriada às arbitragens internacionais. Tal legislação passou por uma reforma em 2011, sem, contudo, lhe retirar a notória característica que lhe é atribuída de lei de arbitragem bastante liberal⁹⁶.

As regras sobre arbitragem, no ordenamento positivo francês, encontram-se entre os arts. 1442 e 1527 de seu Código de Processo Civil (“CPC”), conforme restou ordenado após a reforma de 2011⁹⁷.

Na França, são passíveis de reconhecimento tanto as sentenças arbitrais estrangeiras (isto é, cujas sedes arbitrais tiveram lugar fora da França), como as sentenças arbitrais proferidas na França em matéria de arbitragem internacional, sendo esta entendida como “*aquela que põe em jogo interesses do comércio internacional*”, conforme o art. 1.504 do CPC francês.

Nos termos do art. 1.514 do CPC francês, referindo-se às sentenças arbitrais proferidas no exterior ou em matéria de arbitragem internacional, “*as sentenças arbitrais só serão reconhecidas ou executadas na França se a sua existência for comprovada por aquele que dela se beneficiar e caso tal reconhecimento ou execução não seja manifestamente contrário à ordem pública internacional*”.

⁹⁶ Para uma análise da lei francesa em matéria de arbitragem, após a reforma de 2011: DERAIS, Yves; KIFFER, Laurence. National Report for France (2013 through 2018). In: BOSMAN, Lise. ICCA International Handbook on Commercial Arbitration. Kluwer: The Hague, 2018, p. 1/98.

⁹⁷ Texto traduzido para o português em: BERNINI, Marcela Tarré. Decreto nº 2011-48, de 13 de janeiro de 2011, que dispõe sobre a reforma da arbitragem na França. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. VIII, n. 32, p. 129/148.

Além disso, conforme o art. 1.516 do CPC francês, “*a sentença arbitral só será passível de execução forçada caso o exequatur seja concedido pelo Presidente do Tribunal de Grande Instância da jurisdição onde a mesma tiver sido proferida, ou pelo Presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris, caso a sentença tenha sido proferida no exterior*”.

Contra as sentenças arbitrais proferidas na França em matéria de arbitragem internacional, a lei francesa prevê, como regra, a possibilidade de ação anulatória. Porém, isto não significa que, para essas sentenças arbitrais, haveria um duplo controle na França (um em sede de ação de anulação, e outro no reconhecimento).

Na verdade, o art. 1.518 prevê que “*a sentença arbitral proferida na França em matéria de arbitragem internacional somente poderá ser objeto de um recurso de anulação*”. E este recurso de anulação apenas é cabível nas taxativas hipóteses previstas no art. 1.520 do CPC francês, *verbis*:

“*O recurso de anulação só é cabível quando:*

1º. *O tribunal arbitral tenha, erroneamente, se declarado competente ou incompetente; ou*

2º. *Tenha havido alguma irregularidade na composição do tribunal arbitral; ou*

3º. *A sentença proferida pelo tribunal arbitral não esteja de acordo à missão que lhe foi conferida; ou*

4º. *O princípio do contraditório tenha sido violado; ou*

5º. *O reconhecimento ou a execução implique ofensa à ordem pública internacional*”

Julgado improcedente o recurso de anulação, na forma do art. 1.521 do CPC francês, “*o Primeiro Presidente ou, caso tenha sido designado, o juiz da instrução do processo em sede de apelação poderá conceder exequatur à sentença*”, a dispensar, portanto, reconhecimento da sentença arbitral francesa em matéria de arbitragem internacional após indeferida sua anulação na França.

O CPC francês autoriza, em seu art. 1.522, que as partes possam, “*a qualquer momento, renunciar expressamente ao recurso de anulação*”. Nesse caso, conforme o § 2º desse dispositivo, permanecerá aberto às partes “*apelar da decisão de concessão do exequatur por um dos motivos previstos no artigo 1520*”, acima transcritos, uma vez que, apesar da renúncia à possibilidade de anulação da sentença arbitral em matéria de

arbitragem internacional, ainda será necessário seu reconhecimento, para poder ser executada na França.

A decisão que indefere “*o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral internacional proferida na França é passível de apelação*” (art. 1.523). Porém, “*a decisão que concede exequatur não é passível de nenhum recurso, salvo o no caso previsto no parágrafo 2º do artigo 1522*” (art. 1.524).

No que se refere, especificamente, à sentença arbitral proferida fora da França, conforme prevê o art. 1.525 do CPC francês, “*o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral só poderá ser negado pela Corte de Apelação nos casos previstos no artigo 1.520*”, o qual – como visto acima – não contempla a hipótese de a sentença arbitral ter sido anulada na sede da arbitragem.

Trata-se o art. 1525 c/c o art. 1520 do CPC francês, portanto, de previsão contida em lei interna mais favorável do que o texto da CNI, a possibilitar o reconhecimento, na França, de sentenças arbitrais estrangeiras que tenham sido anuladas em sua origem, mediante a aplicação do princípio da máxima eficácia (art. VII, n. 1, da CNI).

Como se vê, ainda que de maneira não absoluta, a lei francesa positiva uma deslocalização jurídica e geográfica da arbitragem.

Juridicamente porque, segundo a doutrina, não são as sentenças arbitrais internacionais ou estrangeiras assimiladas como sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro, o que implicaria a análise se são válidas e executáveis de acordo com a lei do país de origem, sendo, na verdade, consideradas como atos privados, cuja efetividade é analisada segundo as regras próprias por tribunal francês.

Também se trata de deslocalização geográfica porque decorre de drástica redução do papel da sede, já que o *exequatur* da sentença arbitral será analisado conforme a legislação francesa, mais liberal que os tratados desse país⁹⁸.

⁹⁸ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 110.

Conforme será demonstrado, adiante, na prática, a França despreza a decisão judicial estrangeira que realiza o controle primário da arbitragem, seja sobre sentença arbitral estrangeira ou que versou sobre arbitragem internacional.

VAN DEN BERG aponta uma contradição na posição francesa⁹⁹. Isto porque o art. 1.491 do CPC francês, aplicável a arbitragens domésticas na França que não digam respeito a arbitragem internacional, prevê que “*a sentença poderá ser objeto de um recurso de anulação, a menos que seja possível apelar da sentença arbitral, conforme acordado pelas partes*”. O art. 1.492 do CPC francês, por sua vez, prevê os motivos capazes de anular tal tipo de sentença arbitral francesa.

E, nos termos do art. 1493 do CPC francês, “*uma vez anulada a sentença, caberá ao mesmo órgão do Poder Judiciário que a tiver anulado a tarefa de decidir sobre o litígio, nos limites da missão conferida ao tribunal arbitral*”. Ou seja, uma vez anulada, a sentença arbitral proferida na França, não tratando de arbitragem internacional, não terá validade jurídica aos olhos da lei francesa.

Nesse cenário, seria ilógica a postura francesa de admitir sua competência para anular sentença arbitral cuja sede tenha sido na França, ao mesmo tempo em que despreza por inteiro a decisão anulatória proferida em outro país, no caso de se buscar reconhecimento, na França, da sentença arbitral estrangeira anulada¹⁰⁰.

Na visão de ADRIANA BRAGHETTA, a França teria focado sua abordagem legislativa sobre a patologia, ou seja, sentenças arbitrais indevidamente anuladas na sede e que, se não fosse por protecionismos locais, seriam plenamente eficazes.

Ao tentar resolver as exceções do sistema (que podem ser evitadas pelas partes quando da escolha da sede arbitral), teria criado outro problema, qual seja: a desarmonia com os outros sistemas nacionais. Para a parte perdedora no procedimento arbitral, não obstante tenha conseguido anular a sentença arbitral, é recomendável que não tenha

⁹⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the setting aside ... [2014], p. 19/20.

¹⁰⁰ “An award that has been set aside in France (i.e., where France is the seat of arbitration) has no existence any longer. However, as has been pointed out, French courts may enforce in France arbitral awards that have been set aside in their country of origin if the ground for annulment is not one of the grounds for refusal of enforcement under French law on international arbitration”. DERAIS, Yves; KIFFER, Laurence. National Report for France (2013 through 2018) ... [2018], p. 85.

patrimônio em solo francês, já que a sentença arbitral será analisada, na França, de maneira branda e sem levar em consideração as convenções internacionais, que contêm mecanismos de coordenação mundial¹⁰¹.

1.8. Outras leis nacionais.

Fora a lei francesa, cuja posição é isolada no direito comparado, caso se busque executar uma sentença arbitral estrangeira anulada na origem, é muito provável que se encontrará, na lei interna do Estado de reconhecimento, fundamento prevendo a recusa de reconhecimento a tal sentença, cabendo ao intérprete verificar se há margem para o reconhecimento, ou se a negativa é obrigatória.

Tais leis, em geral, no que toca ao reconhecimento de sentenças arbitrais proferidas no exterior, incorporam em seus textos o art. 36 da Lei Modelo da UNCITRAL, que consiste em transcrição do art. V da CNI, ou apenas fazem referência à aplicação da CNI para o reconhecimento, sendo o resultado o mesmo, de uma forma ou de outra. Vejamos alguns exemplos:

(A) Alemanha.

Na Alemanha, o Décimo Livro do CPC alemão (*Zivilprozessordnung*), desde sua reforma em 1998, contém as regras de arbitragem do referido país, as quais foram bastante inspiradas na Lei Modelo da UNCITRAL¹⁰². O art. 1.059, n. 2, do CPC alemão prevê regras de anulação da sentença arbitral nos mesmos moldes do art. 34, n. 2, da Lei Modelo da UNCITRAL e, logo, do art. V, n. 1, “a” a “d”, e n. 2 da CNI.

Quanto ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, o art. 1.061, n. 1, do CPC alemão estabelece que o:

¹⁰¹ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem ... [2010], p. 114/115.

¹⁰² German Arbitration Act 1998 (Book 10 ZPO). ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 98, 2018. The Hague: Kluwer, 2018. Para uma análise da lei de arbitragem alemã no que se refere ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras: VAN DEN BERG, Albert Jan. The German Arbitration Act 1998 and the New York Convention 1998. Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001.

“... reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira se dará conforme a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais de 10 de Junho de 1958, permanecendo inalteradas as regras de outros tratados sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais” (tradução livre)¹⁰³.

Ou seja, a lei alemã apenas faz referência à CNI, cujo art. V, n. 1, “e”, prevê a anulação na origem como fundamento de recusa, despertando, desse modo, as mesmas discussões incentivadas pelo texto da CNI.

É interessante notar também a seguinte regra no art. 1.061, n. 3, do CPC alemão: *“se a sentença arbitral for anulada após ter sido declarada executável, poderá haver pedido para anulação da decisão que conferiu o exequatur”* (tradução livre)¹⁰⁴.

Existe, portanto, preocupação do legislador alemão com a hipótese de a sentença arbitral estrangeira vir a ser anulada no país de origem após ter sido reconhecida na Alemanha, apesar de o dispositivo legal em questão não exigir que o *exequatur* seja cassado em tais situações, e sim permitir tal cassação (o art. 1.061, n. 3, utiliza o verbo “*kann*”, que equivale a “*may*”, no inglês, ou “*poderá*”, no português; ao invés de “*muss*”, que equivale a “*must*”, no inglês, ou “*deverá*”, no português).

No mais, cumpre ressaltar que a Alemanha também é signatária da Convenção Europeia de 1961. Assim sendo, caso o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira anulada, na Alemanha, esteja abarcado por tal Convenção, o *exequatur* poderá ser concedido, caso a anulação na origem tenha se dado por fundamento que não aqueles listados nas alíneas “a” a “d” do art. IX da Convenção Europeia (cujo teor é idêntico ao art. V, alíneas “a” a “d”, da Convenção de Nova Iorque). Isto é, quando a anulação tiver ocorrido com base em regra de não arbitrabilidade ou em violação da ordem pública no Estado da sede da arbitragem.

¹⁰³ No inglês: “(1) Recognition and enforcement of foreign arbitral awards follows the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958. The provisions of other treaties on the recognition and enforcement of arbitral awards shall remain unaffected”.

¹⁰⁴ No inglês: “(3) If the award is set aside abroad after having been declared enforceable, application for setting aside the declaration of enforceability may be made”.

(B) Bélgica.

Também a Sexta Parte do Código Judicial belga (conforme adotado desde junho de 2013, e reformado no ano de 2016), que contém as regras de arbitragem na Bélgica, foi bastante inspirada na Lei Modelo da UNCITRAL¹⁰⁵.

Assim é que o art. 1.717, n. 3, do Código Judicial belga estabelece as mesmas normas para anulação da sentença arbitral previstas no art. 34, n. 2, da Lei Modelo da UNCITRAL e, conseqüentemente, do art. V, n. 1, “a” a “d”, e n. 2 da CNI. A lei belga acrescenta, ainda, a possibilidade de anulação no caso de “*a sentença ter sido resultado de fraude*” (alínea “b”, item “iii”).

Trata-se de previsão bem diferente da revogada lei de arbitragem belga, de 1985, a qual previa que, em arbitragens na Bélgica na qual não houvesse partes belgas, não era cabível recurso de anulação para os tribunais belgas.

Conforme aponta VAN DEN BERG, essa característica na anterior lei belga teve o efeito de “espantar” a Bélgica como sede para arbitragens, chegando-se ao ponto de a Bélgica ter sido incluída em “listas negras” de câmaras arbitrais para sua escolha como sede arbitral¹⁰⁶.

Em relação ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, o art. 1.721, n. 1, repete os fundamentos de recusa do art. V da CNI, incluindo-se a hipótese de que “*a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida*” (alínea “a”, item “vi” – tradução livre).

A mesma carga interpretativa que recai sobre a CNI, portanto, também se faz presente na lei belga.

¹⁰⁵ Belgian Judicial Code, Sixth Part: Arbitration (adopted 24 June 2013 and last amended 25 December 2016). ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 104, 2019. The Hague: Kluwer, 2019.

¹⁰⁶ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the setting aside ... [2014], p. 14.

Além disso, vale destacar que a Bélgica também é signatária da Convenção Europeia de 1961. Dessa maneira, caso o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira anulada, na Bélgica, esteja abarcado por tal Convenção, o *exequatur* poderá ser concedido, caso a anulação na origem tenha se dado por fundamento que não aqueles listados nas alíneas “a” a “d” do art. IX da Convenção Europeia (cujo teor é idêntico ao art. V, alíneas “a” a “d”, da CNI). Isto é, quando a anulação tiver ocorrido com base em regra de não arbitrabilidade ou em violação da ordem pública no Estado da sede da arbitragem.

(C) Estados Unidos.

O *Federal Arbitration Act* norte-americano, diferentemente dos diplomas legais acima citados, não se inspira na Lei Modelo da UNCITRAL no que toca às causas de anulação da sentença arbitral¹⁰⁷.

Pelo contrário, seu art. 10, “a”, dispõe que a sentença arbitral poderá ser anulada nos seguintes casos:

(1) “sentença resultante de corrupção, fraude ou meios ilegais”; (2) “evidente parcialidade ou corrupção pelos árbitros, ou ambos”; (3) “má conduta dos árbitros ao se recusarem a adiar audiência, após pedido suficiente fundamentado, a ouvirem provas pertinentes à controvérsia, ou por qualquer outro mau comportamento que prejudique os direitos das partes”; e (4) “excesso de poderes pelos árbitros, ou execução inadequada desses poderes, a ponto de não se ter proferido uma sentença mútua, final e definitiva sobre a matéria em litígio”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ The United States Arbitration Act (Federal Arbitration Act - 9 U.S.C. Sect. 1 *et seq.*). ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 98, 2018. The Hague: Kluwer, 2018. A *Federal Arbitration Act*, em vigor desde 1926, corresponde ao Título 9 do *The Code of Laws of The United States of America*, no qual se encontram oficialmente compiladas e codificadas todas as leis federais (“*federal statutes*”) de caráter geral e permanentes dos Estados Unidos.

¹⁰⁸ “(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration – (1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means; (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them; (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made”.

Já com relação ao reconhecimento de sentenças arbitrais proferidas no exterior, os arts. 201 e seguintes do *Federal Arbitration Act* regulam o procedimento à aplicação da CNI nos Estados Unidos, prevendo o art. 207 do referido diploma legal que se aplica um prazo prescricional de 3 (três) anos para o pedido de reconhecimento, contado a partir da prolação da sentença arbitral, assim como que “*o tribunal deverá confirmar a sentença, a não ser que verifique a presença de algum dos fundamentos de recusa de reconhecimento especificados na Convenção de Nova Iorque*”¹⁰⁹.

No ordenamento jurídico norte-americano, logo, também não há como “driblar” o disposto no art. V, n. 1, “e”, da CNI.

E toda a carga interpretativa que dele resulta, já que o *Federal Arbitration Act*, em relação ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, não possui fundamentos próprios de recusa, fazendo apenas referência à aplicação da CNI.

(D) Holanda.

A Lei de Arbitragem holandesa, de 1986, consistente no Capítulo IV do CPC holandês¹¹⁰, prevê em seu art. 1.065, n. 1, as seguintes causas de anulação da sentença arbitral na Holanda:

- (a) “ausência de convenção de arbitragem válida”; (b) “tribunal arbitral constituído em violação às regras aplicáveis”; (c) “tribunal arbitral que não cumpre com os poderes a ele conferidos”; (d) “sentença arbitral não é assinada ou não contém fundamentação em consonância com o art. 1057”; (e) “sentença arbitral que, conforme prolatada, viola a ordem pública e a boa moral”¹¹¹.

Tais fundamentos de anulação, todavia, não se aplicam nas exceções contempladas nos itens 2 e seguintes do art. 1.065 ora em comento.

¹⁰⁹ “Within three years after an arbitral award falling under the Convention is made, any party to the arbitration may apply to any court having jurisdiction under this chapter for an order confirming the award as against any other party to the arbitration. The court shall confirm the award unless it finds one of the grounds for refusal or deferral of recognition or enforcement of the award specified in the said Convention”.

¹¹⁰ Netherlands. Arbitration Act - Code of Civil Procedure - Book Four: Arbitration. ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 83, 2015. The Hague: Kluwer, 2015.

¹¹¹ Em inglês: “Article 1065 – Grounds for setting aside 1. Setting aside of the award can take place only on one or more of the following grounds: (a) absence of a valid arbitration agreement; (b) the arbitral tribunal was constituted in violation of the rules applicable thereto; (c) the arbitral tribunal has not complied with its mandate; (d) the award is not signed or does not contain reasons in accordance with the provisions of article 1057; (e) the award, or the manner in which it was made, violates public policy or good morals”.

No que toca ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, o art. 1.076 da lei holandesa estabelece que:

“se nenhum tratado sobre reconhecimento e execução for aplicável, ou se tal tratado autorizar que a parte se valha da lei do país no qual o reconhecimento e a execução são buscados, uma sentença arbitral proferida em outro país poderá ser reconhecida na Holanda ... a não ser que a parte contra a qual o reconhecimento e execução é buscado prove que”;

e, a partir desse momento, elenca os seguintes fundamentos de recusa:

(a) *“inexistência de convenção de arbitragem válida à luz da lei a ela aplicável”*; (b) *“tribunal arbitral constituído em violação às regras aplicáveis”*; (c) *“tribunal arbitral que não cumpre com os poderes a ele conferidos”*; (d) *“a sentença arbitral é desafiada por apelação aos árbitros ou às cortes do país onde tiver sido proferida”*; e (e) *“sentença arbitral anulada pela autoridade competente do país no qual foi proferida”*.

Além disso, o art. 1076, n. 1, “B”, da lei holandesa prevê que o tribunal de reconhecimento holandês poderá, *ex officio*, recusar o *exequatur* quando verificar que o reconhecimento será contrário à ordem pública¹¹².

O art. 1.076, n. 1, “A”, “e”, da lei holandesa (equivalente ao art. V, n. 1, “e”, da CNI), como se vê, exclui do seu texto a hipótese de a sentença arbitral ser anulada por autoridade competente do país conforme a lei do qual tenha sido proferida, tratando-se, portanto, de regra mais favorável do que a prevista na CNI.

Isso a despeito de se tratar de “letra morta”, na CNI, a anulação por autoridade competente do país conforme a lei do qual a sentença arbitral tenha sido proferida.

¹¹² Em inglês: *“(1) If no treaty concerning recognition and enforcement is applicable, or if an applicable treaty allows a party to rely upon the law of the country in which recognition and enforcement is sought, an arbitral award made in a foreign State may be recognised in the Netherlands and its enforcement may be sought in the Netherlands by any of the parties, upon submission of the original or a certified copy of the arbitration agreement and arbitral award, unless: (A) the party against whom recognition or enforcement is sought, asserts and proves that: (a) no valid arbitration agreement under the law applicable thereto exists; (b) the arbitral tribunal was composed in violation of the applicable rules; (c) the arbitral tribunal did not comply with its mandate; (d) the arbitral award is open to appeal to arbitrators or the courts in the country in which the award was made; (e) the arbitral award was set aside by a competent authority of the country in which that award was made; (B) the court finds that the recognition or enforcement would be contrary to public policy”*.

Já no caso de anulação da sentença arbitral pela autoridade competente do país da sede da arbitragem, a mesma carga interpretativa que exsurge do texto da CNI se faz também presente na lei holandesa.

(E) Suíça.

Por fim, vale menção à Lei Federal sobre Direito Internacional Privado da Suíça, de 1987, cujo Capítulo 12 possui regras sobre arbitragem internacional¹¹³.

O art. 190 da lei suíça prevê as seguintes hipóteses de anulação da sentença arbitral:

(a) “se o árbitro único não tiver sido nomeado adequadamente, ou o tribunal arbitral não tiver sido corretamente constituído”; (b) “se o tribunal arbitral tiver erroneamente aceitado ou recusado sua jurisdição sobre a causa”; (c) “se a decisão do tribunal arbitral tiver excedido os limites da competência a ele submetida, ou tiver falhado em decidir algum dos itens da causa”; (d) “se o princípio do tratamento igualitário entre as partes ou o direito das partes ao contraditório tiver sido violado”; (e) “se a sentença arbitral foi incompatível com a ordem pública”¹¹⁴.

É interessante notar que a lei suíça, em seu art. 192, n. 2, autoriza as partes a renunciarem totalmente ao direito de buscar a anulação da sentença arbitral, ressalvando que, nessas hipóteses, a sentença arbitral se submeterá, por analogia, às mesmas regras de reconhecimento previstas na CNI¹¹⁵. Ou seja, a lei suíça equipara a sentença arbitral isenta de controle primário de legalidade na Suíça a uma sentença estrangeira.

¹¹³ Chapter 12 of the Federal Act on Private International Law of 18 December 1987, and selected Articles (Arts. 176 to 194). ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 95, 2017. The Hague: Kluwer, 2017.

¹¹⁴ Em inglês: “1. The award is final from its notification. 2. The award may only be annulled: (a) if the sole arbitrator was not properly appointed or if the arbitral tribunal was not properly constituted; (b) if the arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction; (c) if the arbitral tribunal's decision went beyond the claims submitted to it, or failed to decide one of the items of the claim; (d) if the principle of equal treatment of the parties or the right of the parties to be heard was violated; (e) if the award is incompatible with public policy”.

¹¹⁵ Em inglês: “2. If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards applies by analogy”.

Quanto ao reconhecimento, em si, a lei suíça se limita a afirmar, no seu art. 194, que “o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira será regulado pela Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”¹¹⁶. Não prevê a lei suíça, desse modo, fundamentos de recusa próprios mais flexíveis do que os da CNI.

2. QUADRANTE TEÓRICO.

2.1. Visão geral das teorias contrapostas: territorialismo vs. deslocalização.

A respeito da possibilidade, ou não, do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na sede da arbitragem, há diferentes teorias que se contrapõem. Em um extremo, encontra-se a corrente que assimila o árbitro ou tribunal arbitral unicamente à ordem jurídica do país da sede da arbitragem.

Trata-se da corrente territorialista, calcada em positivismo nacionalista e na ideia de harmonia internacional de soluções, através de uma perspectiva centralizadora a partir da sede da arbitragem¹¹⁷.

Por meio da teoria territorialista, uma vez anulada a sentença arbitral pela autoridade na sede da arbitragem, esta não mais existe no mundo jurídico e, logo, não é capaz de produzir efeitos, de modo que não pode ser reconhecida em outro país.

RICARDO RAMALHO ALMEIDA assim caracteriza a teoria territorialista:

“A concepção territorialista da arbitragem internacional basicamente equipara o árbitro a um juiz do Estado onde a arbitragem é sediada, no que respeita à subordinação e vinculação de ambos ao ordenamento jurídico local. Segundo tal concepção, a ordem jurídica estatal, por incidir sobre as atividades realizadas no território onde tem vigência, deve naturalmente regular todos os aspectos e efeitos de arbitragens ali realizadas, sejam nacionais, sejam internacionais.

¹¹⁶ Em inglês: “The recognition and enforcement of a foreign arbitral award is governed by the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”.

¹¹⁷ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional (tradução por Natália Mizrahi Lamas). São Paulo: Atlas, 2014, p. 102/104; e WALD, Arnoldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela justiça local no país da sede da arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. Arbitragem: temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 57/58.

A arbitragem, assim, radicar-se-ia juridicamente em um Estado determinado e teria seu fundamento e legitimidade conferidos pelo correspondente ordenamento jurídico”¹¹⁸.

Entre os extremos, está a corrente que considera ser a arbitragem fundada em uma pluralidade de ordens jurídicas. Desse modo, diversas jurisdições podem ter vocação para se pronunciar acerca da validade da sentença arbitral, sob uma perspectiva cosmopolita da arbitragem¹¹⁹.

Para essa corrente, intermediária ou pluralista, não necessariamente há uma ordem jurídica arbitral autônoma, porém, também não se tolera que apenas a jurisdição estatal da sede da arbitragem detenha competência para decidir a respeito da validade da sentença arbitral.

Não se desconsidera por completo a anulação na origem, nem é assumido que tal anulação, *ipso facto*, enseja a impossibilidade de reconhecimento.

Aplicando-se essa corrente, uma vez anulada pela autoridade competente no país da sede da arbitragem, a sentença arbitral poderá, em determinadas circunstâncias, ser reconhecida em outro Estado, assim como poderá ter o reconhecimento negado.

Novamente citando RICARDO RAMALHO ALMEIDA, desta vez acerca da teoria pluralista:

“... a tese pluralista talvez sejam mais simplesmente descrita como a percepção de que uma multiplicidade de ordens jurídicas pode assegurar a eficácia da arbitragem. ... A doutrina territorialista não dá conta de que dois foros de execução, ao decidir se devem executar um laudo arbitral, podem perfeitamente chegar a conclusões distintas, por exemplo, quanto à observância pelos árbitros do devido processo legal, como requisito para a execução”¹²⁰.

Por sua vez, no outro extremo, vigora a ideia de que haveria uma ordem jurídica arbitral autônoma, desvinculada de qualquer jurisdição estatal.

¹¹⁸ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, 2016, p. 353.

¹¹⁹ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 104/111; e WALD, Arnoldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada ... [2012], p. 57/58.

¹²⁰ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma ... [2016], p. 359.

Por essa teoria, intitulada deslocalizadora, os árbitros não realizam a justiça em nome de nenhum Estado, exercendo verdadeira função jurisdicional a serviço da comunidade internacional¹²¹.

A teoria deslocalizadora encontra bastante adoção pela doutrina francesa, cujo ordenamento positivo interno, como já visto, não enxerga a anulação no país de origem como motivo para recusar reconhecimento à sentença arbitral estrangeira.

Mediante a aplicação dessa teoria, não obstante a anulação da sentença arbitral na origem, poderá esta ser reconhecida em outro país.

Também a respeito da corrente deslocalizadora, colha-se, uma vez mais, a lição de RICARDO RAMALHO ALMEIDA:

“Constataram esses juristas que o árbitro internacional, fundamentalmente, não é um representante, funcionário ou curador da ordem jurídica do Estado sede da arbitragem, mas, sim, um mandatário das partes, a quem se atribui o poder jurídico de decidir coercitivamente uma demanda em matéria patrimonial, com exclusão dos remédios estatais ordinários. Por esse motivo, seria uma equívoco falar-se em lex fori em matéria de arbitragem internacional, pois o árbitro não tem foro, estando livre de vínculos, por qualquer motivo apriorístico, a um ordenamento jurídico determinado”¹²².

Em resumo: ao passo que a corrente territorialista julga ser incabível o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira anulada no país de origem, tanto a corrente pluralista (ou intermediária), como a corrente deslocalizadora, admitem tal possibilidade.

A pluralista com mais temperamento, em certos eventos, a depender do caso concreto, enquanto a deslocalizadora por ignorar a anulação na origem.

¹²¹ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 111/119; e WALD, Arnaldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada ... [2012], p. 57/58.

¹²² ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma ... [2016], p. 360.

A despeito dos conceitos teóricos acima delineados, não é mais tão comum encontrar na doutrina atualizada sobre o assunto posições que se aproximem demais dos extremos. No campo teórico – como se verá – mesmo o Prof. VAN DEN BERG, cuja posição é classicamente conhecida como territorialista, vem admitindo brechas que se aproximam, em certa medida, de uma visão pluralista (intermediária) do problema.

Atualmente, pode-se afirmar que, provavelmente em razão dos vários casos que puderam ser analisados pelos tribunais de diversos países nas últimas décadas, a demonstrar que os problemas que se colocam no reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada não são tão *sui generis* assim, existe um movimento na doutrina mundial que se desloca no sentido de uma visão pluralista (intermediária).

Uma definição de posicionamento mais central, entretanto, não elide, por si só, as várias questões que se põem quando da análise do problema do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada no país da sede da arbitragem.

Mesmo admitindo-se que, em certas ocasiões, o reconhecimento poderá ser deferido a despeito da anulação na origem, persiste a difícil tarefa de definir quando e sob quais circunstâncias o reconhecimento pode ser autorizado. Vejamos, a seguir, como algumas autoridades na arbitragem comercial internacional enxergam o assunto.

2.2. Doutrina de Albert Jan Van Den Berg (territorialista).

A doutrina do professor holandês ALBERT JAN VAN DEN BERG – autoridade mundial no que toca ao estudo da CNI – é, até os dias atuais, inclinada à corrente territorialista. Todavia, ao longo dos anos, mesmo o referido professor passou a admitir o reconhecimento da sentença arbitral anulada em raros casos excepcionais, além de também ter proposto mudanças no sistema de controle da CNI.

Defende VAN DEN BERG que a regra a ser aceita deve ser a seguinte: se a sentença arbitral tiver sido anulada em seu país de origem (leia-se, no país da sede da arbitragem),

não poderá ser reconhecida em outro país signatário da CNI, diante do que prevê o seu art. V, n. 1, “e”¹²³.

VAN DEN BERG até admite que esse entendimento possa ensejar o risco de ampliação indireta dos fundamentos de recusa previstos na CNI, para abarcar todos os tipos de particularidades da lei interna do país da sede da arbitragem, incluindo a ordem pública local, minando o caráter taxativo dos fundamentos elencados no art. V, n. 1, da CNI e, logo, reduzindo o nível de uniformidade buscado pela CNI¹²⁴.

Apesar de também não ignorar a hipótese de uma sentença arbitral ser anulada na origem com base em uma “esquisitice” local, VAN DEN BERG mitigou esse risco, em seus escritos menos recentes, afirmando serem escassos na jurisprudência casos envolvendo o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira anulada na origem, principalmente sob alegação, pela parte requerente, de que a anulação no país da sede arbitra teria ocorrido por “motivação exótica”¹²⁵.

Conforme VAN DEN BERG, essa escassez se justificava pelo fato de que, uma vez tendo a sentença arbitral sido anulada no país da sede da arbitragem, era incomum que a parte interessada buscasse seu reconhecimento em outros países signatários, à vista do disposto no art. V, n. 1, “e”, da CNI.

Mais ainda, conforme o referido autor, era excepcional a própria anulação da sentença arbitral na origem¹²⁶.

Para o Prof. VAN DEN BERG, a eliminação do fundamento de recusa concernente à anulação da sentença arbitral na origem seria indesejável, pois deve ser conferido à parte perdedora no procedimento arbitral o direito de ter a validade da sentença arbitral concentrada, de forma final, em uma única jurisdição¹²⁷.

¹²³ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of Annulled Awards. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 9, n. 2, 1998, p. 15.

¹²⁴ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958. Kluwer: The Hague, 1981, p. 355.

¹²⁵ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of Annulled Awards ... [1998], p. 15/16.

¹²⁶ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958 ... [1981], p. 355.

¹²⁷ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished? ICSID Review, 2014, p. 3/4.

A *ratio* por trás da regra do art. V, n. 1, “e”, da CNI, segundo VAN DEN BERG, consiste em uma concentração do controle judicial de legalidade da arbitragem em sua sede. Por mais “internacional” que o caso envolvido na arbitragem possa ser, o procedimento arbitral e a sentença dele resultante são, na vasta maioria dos casos, produto de um sistema jurídico que regula a arbitragem no país da sede arbitral, que compreende não apenas a lei interna, como também os tribunais desse país.

Seguindo tal raciocínio, para VAN DEN BERG, são as cortes estatais no país da sede da arbitragem que possuem as melhores condições de decidir acerca da regularidade, ou não, do procedimento arbitral¹²⁸.

Caso assim não ocorresse, conforme VAN DEN BERG, a parte perdedora no procedimento arbitral poderia ser obrigada pela parte vencedora a se defender de pedidos de reconhecimento envolvendo a sentença arbitral anulada em vários países (o chamado *forum shopping*), até que em algum Estado, finalmente, fosse deferido o reconhecimento.

A parte prejudicada no processo de anulação da sentença arbitral terá um desestímulo em realizar *forum shopping* caso a interpretação uniforme do art. V, n. 1, “e”, da CNI seja no sentido de recusar o reconhecimento em tais situações, e os Estados signatários, efetivamente, apliquem esse entendimento¹²⁹.

Menciona VAN DEN BERG que a solução adotada pela Convenção Europeia tem a vantagem de excluir a incorporação de especificidades locais da sede da arbitragem ao sistema de reconhecimento.

Ainda assim, VAN DEN BERG critica que o sistema da Convenção Europeia pode levar à insatisfatória situação em que uma sentença arbitral anulada não poderá ser executada no seu país de origem, ao mesmo em tempo em que poderá ser reconhecida e, logo, executada em outros países, caso a anulação tenha se dado por motivos que não aqueles listados no art. V, n. 1, “a” a “d”, da CNI¹³⁰.

¹²⁸ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of Annulled Awards ... [1998], p. 15/16.

¹²⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958 ... [1981], p. 355.

¹³⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958 ... [1981], p. 356.

VAN DEN BERG pondera que, se a Convenção Europeia de 1961 tivesse provido que a sentença arbitral poderia ser anulada em seu país de origem de acordo, apenas, com os fundamentos elencados na referida Convenção, isto teria gerado uma fundamental mudança nas leis de arbitragem de seus Estados contratantes.

Teria significado que, para as sentenças arbitrais englobadas pela Convenção Europeia, os fundamentos de recusa previstos nas leis nacionais deveriam ser substituídos ou, ao menos, limitados àqueles previstos na Convenção Europeia¹³¹.

Apesar de, em 1981, ter defendido que seria indesejável um protocolo adicional à CNI, aproximando-a do modelo da Convenção Europeia, sob as alegações de que isto teria o efeito indesejável de tornar a CNI aplicável à anulação no país de origem, e que o problema em exame se fazia muito mais presente no campo teórico do que prático¹³², em conferência realizada em 2008, em prestígio aos 50 anos da CNI, VAN DEN BERG apresentou uma minuta com possíveis alterações à CNI, a qual se convencionou chamar de *Draft Convention*.

Entre as sugestões, encontrava-se justamente a seguinte aproximação da CNI ao modelo da Convenção Europeia¹³³:

“3. Reconhecimento a uma sentença arbitral deverá ser recusado se, a pedido da parte contra a qual a sentença for invocada, unicamente se esta parte provar que:

...

*(g) a sentença tiver sido anulada pelo tribunal competente do país em que tiver sido proferida, sob fundamento equivalente aos previstos nas alíneas (a) a (e) deste parágrafo”*¹³⁴.

Posteriormente, porém, VAN DEN BERG deu um passo além, afirmando que uma alteração da CNI, como a proposta na *Draft Convention*, já sequer seria suficiente.

¹³¹ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958 ... [1981], p. 356.

¹³² VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958 ... [1981], p. 356.

¹³³ Sobre a revisão da CNI então proposta por VAN DEN BERG, vale a leitura da seguinte entrevista com o referido professor: BÉDARD, Julie. A New New York Convention? Interview with Albert Jan Van Den Berg. The New York Convention: 50 years of experience. Mealey's Executive Summary, 2008. – *“I did not change my mind overnight, or by happenstance. Rather, I have gradually come to understand, based on my experience in the field, that national courts still are grappling with the text of the Convention. I thought a revised Convention might serve to address problems with the judicial application of certain provisions”*.

¹³⁴ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of arbitral awards in Russia. Journal of International Arbitration, vol. 27, n. 2, 2010, p. 196/197.

Para VAN DEN BERG, o mais apropriado (apesar de utópico) seria que os Estados signatários transferissem a competência do controle de legalidade da sentença arbitral a um único órgão internacional independente, o qual teria exclusiva jurisdição para anulação da sentença arbitral, o que, não ocorrendo, faria com que a sentença arbitral tivesse executoriedade direta em todos os países^{135 136}.

Trata-se, basicamente, do modelo previsto na Convenção de Washington, que, na opinião de VAN DEN BERG, foi corretamente construído. Haveria uma instância de controle por um comitê *ad hoc* em procedimento anulatório, sendo os fundamentos de anulação internacionalmente uniformes.

A execução da sentença arbitral seria cabível como se fosse um julgamento final do Estado signatário (art. 54, n. 1, da Convenção ICSID), com, ainda, uma emenda sugerida por VAN DEN BERG: o comitê *ad hoc* deveria ser permanente e integrado por juízes profissionais com formação internacional¹³⁷.

Na realidade, contudo, em que atualmente nos encontramos, VAN DEN BERG não admite o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira anulada na origem, a não ser que seja aplicada lei interna do país de reconhecimento mais favorável (art. VII, n. 1), ou a sentença arbitral esteja abarcada pela Convenção Europeia de 1961, não tendo a anulação se fundado em quaisquer das alíneas de seu art. IX¹³⁸.

¹³⁵ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the Setting Aside ... [2014], p. 25 – “However, having reflected on this complex question, I think the solution offered by the Dublin Draft Convention does not go far enough. If we really want to improve the current situation, States should transfer control over an international arbitral award to an independent international body. The body would have the exclusive jurisdiction to set aside an arbitral award. Enforcement of the award would be automatic in all countries”.

¹³⁶ Trata-se, também, da proposta defendida por HAMID G. GUARAVI – “A choice must thus be made between harmonization, i.e., the synchronization of national laws, and unification, i.e., the formation of an exclusively international legal regime through the establishment of a supra-national court vested with exclusive jurisdiction over the control of arbitral awards. Of these two strategies, only unification seems to meet the needs of international commercial arbitration. The solution is both desirable and conceivable”. GHARAVI, Hamid G. The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award. The Hague: Kluwer, 2002, p. 170/191.

¹³⁷ VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the Setting Aside ... [2014], p. 25.

¹³⁸ “Based on the above, it must be concluded that the residual discretionary power, with regard to grounds (a) through (d) of Article V(1) of the Convention, offers no possibility of enforcement of an arbitral award set aside in the country of origin”. VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of arbitral awards in Russia ... [2010], p. 190.

Se determinado Estado for procurar em sua lei interna normas que busquem lhe permitir o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada, segundo VAN DEN BERG, é provável que esse Estado descubra que sua lei interna também prevê como fundamento de recusa a anulação no país de origem, sendo o caso da França, nesse ponto, a única exceção conhecida no campo das leis domésticas¹³⁹.

Para VAN DEN BERG, após sua anulação, a sentença arbitral não mais existe sob a lei a ela aplicável, que, na maioria dos casos, trata-se da lei da sede da arbitragem. Assim, outros países não podem reconhecer a sentença arbitral, se esta deixou de existir (*ex nihilo nil fit*), impossibilidade legal aplicável em qualquer caso sob a CNI, eis que seu art. V, n. 1, “e” faz expressa referência à lei aplicável à arbitragem¹⁴⁰.

VAN DEN BERG afirma que o tribunal de reconhecimento não está autorizado a avaliar os motivos invocados pela corte estatal no país da sede da arbitragem para anular a sentença arbitral. Porém, ressalva que, caso seja convincentemente provada, pela parte que tenciona o reconhecimento, a presença de corrupção ou fraude por parte do tribunal estatal que anulou a sentença arbitral, não deverá ser recusado reconhecimento à sentença arbitral estrangeira.

VAN DEN BERG enfatiza que tal possibilidade não está inserida em um “poder dicionário” do tribunal de reconhecimento (como defendem alguns autores), tratando-se, na verdade, de uma questão de prova, a qual, uma vez produzida pela parte que busca o reconhecimento, implica na falha, pela parte requerida, em se desincumbir do seu ônus probatório previsto no art. V, n. 1, da Convenção de Nova Iorque, relativo à legítima anulação da sentença arbitral¹⁴¹.

¹³⁹ VAN DEN BERG, Albert Jan. *Enforcement of Annulled Awards* ... [1998], p. 16.

¹⁴⁰ VAN DEN BERG, Albert Jan. *Enforcement of Annulled Awards* ... [1998], p. 16.

¹⁴¹ VAN DEN BERG, Albert Jan. *Should the Setting Aside* ... [2014], p. 19 – “*If corruption or fraud on the part of the court setting aside an award in the country of origin is convincingly proven, the award should not be refused enforcement under the New York Convention. That is not a matter of a ground for refusal of enforcement – as advocated by some scholars – or a matter of non-recognition of the foreign judgement setting aside the award – as opined by the Amsterdam Court of Appeal and the US District Court. Rather, it is a matter of proof. According to the text of Article V(1), the respondent must furnish ‘proof’ that the award has been set aside in the country of origin. If the setting aside is obtained by corruption or fraud, the respondent fails to submit proof in the sense that the document purporting to evidence the setting aside has been obtained by illegal means*”.

Fora essa situação excepcional de fraude ou corrupção cabalmente comprovada, VAN DEN BERG elenca as seguintes razões que o levam a crer que deve ser conferido efeito universal à decisão judicial que anula a sentença arbitral no país de origem, ainda que com base na ordem pública local:

(I) nem o texto, nem a história legislativa da CNI permitem que se interprete tal Convenção como que autorizasse um tribunal a reconhecer sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada no país de origem;

(II) não é da competência do tribunal de reconhecimento avaliar se outra corte teve válidas razões para anular a sentença arbitral (o que é considerado uma “especificidade” ou até “esquisitice” em um país, para outro pode ser tido como um direito fundamental ou até um fundamento religioso);

(III) a interpretação da decisão judicial anulatória pelo tribunal de reconhecimento gera insegurança jurídica e confusão, podendo desnaturalizar o espírito da CNI;

(IV) mesmo adotando-se uma interpretação da CNI que siga a solução adotada pela Convenção Europeia (isto é, restringir a recusa de reconhecimento somente a hipóteses em que a anulação na origem tenha ocorrido em bases equivalentes às alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI), as cortes nacionais se tornarão cientes disto, e poderão passar a anular sentenças arbitrais com base em especificidades e na ordem pública local, porém, “maquiando” tal verdadeiro fundamento de anulação com um enquadramento jurídico de hipótese prevista nas alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI;

(V) a França não serve de exemplo a ser seguido, uma vez que opera fora do âmbito da CNI, e não faz distinção entre anulação por ordem pública local e fundamentos de anulação internacionalmente reconhecidos (com efeito, a França simplesmente ignora qualquer anulação no tribunal de origem);

(VI) o lugar da sede da arbitragem se trata de uma escolha direta ou indireta realizada pelas partes, de modo que, se as partes escolheram um país não favorável à arbitragem, não é dever do tribunal de reconhecimento “salvar” as partes dessa escolha; e

(VII) o número de casos em que uma sentença arbitral foi anulada com base em especificidade local ou ordem pública local na sede da arbitragem pode ser contado nos dedos de uma mão, de forma que promover insegurança jurídica por causa dessas poucas situações se trata de um pequeno preço a ser pago para que se possa ter maior certeza e previsibilidade na aplicação da CNI¹⁴².

2.3. Doutrina de Emmanuel Gaillard (deslocalizadora).

Em sentido oposto, encontra-se a doutrina do professor francês EMMANUEL GAILLARD, a favor da teoria deslocalizadora. GAILLARD argumenta que não há coerência em se atribuir efeitos universais à decisão judicial na sede da arbitragem que anula a sentença arbitral, e não se fazer o mesmo com a decisão judicial na sede da arbitragem que recusa ou indefere pedido de anulação da sentença arbitral¹⁴³.

Segundo GAILLARD, como cada país decide por si próprio, baseado em suas próprias convicções, o que se deve considerar uma convenção de arbitragem válida e, subsequentemente, o que se deve considerar uma sentença arbitral válida, não existe obstáculo teórico ao reconhecimento, em um determinado Estado, da sentença arbitral que tenha sido anulada em outro país.

Tal solução, para GAILLARD, não é nem mais estranha, nem mais chocante do que a que ocorre na situação em que uma sentença arbitral que não tenha sido sujeita a uma ação de anulação na sede é reconhecida em um Estado, porém, não em outro.

E, conforme GAILLARD, a CNI contempla expressamente a possibilidade de reconhecimento de uma sentença arbitral anulada, eis que permite que cada Estado revise a sentença arbitral de acordo com suas próprias concepções de arbitrabilidade do objeto da divergência e de ordem pública internacional¹⁴⁴.

¹⁴² VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the Setting Aside ... [2014], p. 23/24.

¹⁴³ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 119.

¹⁴⁴ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 120.

GAILLARD também entende que, como o problema em questão diz respeito ao reconhecimento da sentença arbitral em um determinado país, é suficiente que a sentença arbitral seja destacada da ordem jurídica da sede para que seja possível o seu reconhecimento em qualquer outro lugar, a despeito de sua anulação na sede.

O fato de a sentença arbitral integrar a ordem jurídica arbitral serve para confortar o tribunal no local da execução na ideia de que a sentença arbitral existe de forma autônoma, independentemente de seu reconhecimento em qualquer ordem jurídica.

GAILLARD entende ser cada país livre para reconhecer as sentenças arbitrais segundo as condições que determinar, ressalvado o respeito às obrigações internacionais que tenha assumido a esse respeito¹⁴⁵.

Para GAILLARD, se considerarmos que a arbitragem não é autônoma em relação à ordem jurídica da sede, e que o material primário a ser levado em consideração pelo tribunal de reconhecimento é a decisão das cortes do país da sede da arbitragem que tenha se pronunciado a respeito da validade da sentença arbitral, é ilógico não se acolher essa decisão, também, quando ela determina a validade da sentença arbitral.

Mesmo para os doutrinadores mais hostis ao reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas, segundo GAILLARD, a lógica deve conduzir ao seguinte entendimento: o que é tido como verdade absoluta para a decisão que pronuncia a anulação da sentença arbitral, deve valer, também, para a decisão que confirma a validade da sentença arbitral, ao indeferir pedido de anulação¹⁴⁶.

¹⁴⁵ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 120.

¹⁴⁶ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 126/127 – “*Se considerarmos que a arbitragem não é autônoma em relação à ordem jurídica da sede e que o material primário a ser levado em consideração pelos tribunais dos países da execução é a decisão dos tribunais do país da sede que tenham se pronunciado quanto à validade da sentença arbitral, não se deveria acolher essa decisão também quando ela determina a validade da sentença arbitral? Para doutrinadores hostis ao reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas, como o que é verdade para a decisão que pronuncia a anulação da sentença arbitral não seria também verdade para a decisão que afirma a validade da sentença arbitral? Guiados por essa lógica, alguns desses doutrinadores aceitaram, de fato, que a decisão que pronuncia a validade da sentença arbitral na sede da arbitragem deveria, desde que ela preenchesse as exigências ao reconhecimento de decisões estrangeiras, levar ao automático reconhecimento da sentença*”.

GAILLARD menciona que, na doutrina francesa, o professor SYLVAIN BOLLÉ se esforçou para demonstrar que as decisões de validação de sentenças arbitrais na origem deveriam receber, por simetria, o mesmo tratamento conferido às decisões na origem que pronunciam a anulação de sentenças arbitrais.

Em outras palavras, se outras ordens jurídicas devem reconhecer a decisão do tribunal da sede anulando a sentença arbitral, o mesmo deve ocorrer para a decisão que recusa a anulação¹⁴⁷.

Conforme a doutrina francesa citada por GAILLARD, o único controle deveria tratar da questão de saber se a ordem jurídica da sede não se mostrou exageradamente liberal, pelo que se conclui que não haveria nenhum obstáculo a que a ordem jurídica francesa se inclinasse perante uma solução mais liberal consagrada por uma decisão estrangeira, por exemplo, quando um tribunal estrangeiro tenha recusado determinar se os árbitros excederam ou não os limites de sua missão¹⁴⁸.

É citada por GAILLARD, também, a doutrina do professor britânico ROY GOODE, pela qual, no caso em que o tribunal da sede da arbitragem tenha rejeitado demanda de anulação, ou mesmo em que sequer tenha sido instado a se manifestar sobre o assunto, a decisão proferida na sede deve se impor em todos os lugares e, conseqüentemente, a parte que também deixou de exercer a via anulatória deve ser privada da possibilidade de se opor ao reconhecimento da sentença arbitral em outro Estado¹⁴⁹.

GAILLARD critica, ainda, a concepção defendida por alguns autores – integrantes da corrente pluralista – no sentido de que o tribunal de reconhecimento poderia deslocar o seu objeto de controle da sentença arbitral à decisão judicial da sede da arbitragem proferida a respeito da sentença arbitral, para analisar os fundamentos pelos quais se deu a anulação e, assim, decidir pelo deferimento, ou não, do reconhecimento à sentença arbitral estrangeira anulada¹⁵⁰.

¹⁴⁷ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 127.

¹⁴⁸ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 127/128.

¹⁴⁹ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 128 – “Uma parte contra quem uma sentença é proferida decide demandar a sua anulação nos tribunais da sede da arbitragem. Se ela não é bem-sucedida, por que se deveria outorgar uma segunda – ou terceira, ou quarta – mordida na cereja em procedimentos perante um tribunal ou tribunais em outros locais? Por que, uma vez embarcado em uma demanda de anulação segundo a *lex loci arbitri*, não deveria a parte ser requerida de aceitar seu resultado?”.

¹⁵⁰ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 128.

Para a corrente integrada por GAILLARD, deslocalizadora, a decisão de anulação na origem é desimportante para o reconhecimento da sentença arbitral em outro país, o qual, à vista única e diretamente da sentença arbitral, não obstante o controle sobre ela exercido pela corte estatal na sede arbitral, poderá decidir pelo deferimento, ou não, do reconhecimento à sentença arbitral.

Tal juízo realizado pelo tribunal de reconhecimento, na visão deslocalizadora, toma por base apenas a sentença arbitral, sendo despicienda qualquer consideração sobre os fundamentos adotados pela decisão anulatória.

Segundo GAILLARD, seria particularmente complexo o método defendido pela corrente pluralista, visto que:

(I) primeiramente, opera um controle da decisão judicial estrangeira anulatória, conforme as regras aplicáveis a decisões estrangeiras – as quais não tratam, especificamente, da arbitragem; e

(II) em um segundo momento, compara tal revisão às condições ordinárias de reconhecimento das sentenças arbitrais para determinar, sob o prisma da ordem pública internacional, se os fundamentos aplicados pelo tribunal da sede são aceitáveis no ordenamento jurídico onde se busca a execução da sentença arbitral.

Para GAILLARD, o método em foco é tão penoso quanto dissociado da lógica da CNI. Isso porque a CNI convida o tribunal do país onde o reconhecimento é tencionado a arrazoar diretamente sobre a sentença arbitral, aplicando-se os critérios específicos previstos na CNI, de modo a impedir a exigência do *duplo exequatur*, que, em outros tempos, hoje ultrapassados, repousava na ideia de que o ato privado no qual consiste a sentença arbitral só possuía valor vinculante após ser submetido a processo de validação na ordem jurídica da sede da arbitragem¹⁵¹.

¹⁵¹ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 129.

Na visão de GAILLARD, a aplicação dessa lógica, invariavelmente, leva à instituição de um controle em duas etapas que se acumularão: (I) primeiro, uma revisão da sentença arbitral na sede da arbitragem, (II) seguida de uma revisão pelas cortes de reconhecimento sobre essa decisão do tribunal da sede da arbitragem.

Nesse contexto, GAILLARD afirma que o “contencioso” de anulação da sentença arbitral necessariamente acaba por se acumular ao “contencioso” do *exequatur* da decisão proferida sobre a anulação, este último, essencialmente, centrado na apreciação da conformidade da decisão à ordem pública internacional¹⁵².

GAILLARD pondera que tal situação não se trata, exatamente, do *duplo exequatur* que os redatores da CNI buscaram extirpar do sistema de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. No entanto, entende o referido autor que, seguindo-se tal modelo, o resultado se aproxima singularmente do problema do *duplo exequatur*¹⁵³.

Com base nesses argumentos, GAILLARD apoia a existência de uma ordem jurídica arbitral, na qual cada ordenamento jurídico estatal tem igual título a exercer, naquilo que o concerne, quanto à revisão de sentenças arbitrais internacionais, com a finalidade de integração dessas sentenças à sua ordem jurídica¹⁵⁴.

2.4. Doutrina de Jan Paulsson (intermediária).

Em um espectro intermediário, encontra-se o professor sueco JAN PAULSSON, e sua conhecida teoria de que a anulação da sentença arbitral na sede da arbitragem somente pode obstar seu reconhecimento em outros países se tiver ocorrido com base nos chamados *Local Standards of Annulment* (“LSA”)¹⁵⁵.

¹⁵² GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 130/131.

¹⁵³ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 131.

¹⁵⁴ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 131.

¹⁵⁵ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standards Annulments. *Asia Pacific Law Review*, vol. 6, n. 2, 1998, p. 01/02 – “By now, national courts should be prepared to allow the arbitral process to become truly international, by enforcing awards rendered in other countries on the basis of internationally accepted criteria and nothing else. To be more specific, I propose that the annulment of an award by the courts in the country where it was rendered should not be a bar to enforcement elsewhere unless the grounds of that annulment were ones that are internationally recognised”.

PAULSSON intitula de LSA quaisquer fundamentos que não aqueles inseridos entre as alíneas “a” a “d” da CNI, repetidos no art. IX da Convenção Europeia e no art. 36, n. 1, “a”, da Lei Modelo da UNCITRAL. Trata-se da hipótese em que a corte estatal na sede da arbitragem anula a sentença arbitral com base na ordem pública local ou em especificidade de sua lei interna, o que, para PAULSSON, deve ensejar que o tribunal de reconhecimento desconsidere a anulação na origem.

Em contraponto às LSA, há os *International Standards for Annulment* (“ISA”), isto é, os fundamentos de controle de legalidade da sentença arbitral internacionalmente reconhecidos, elencados entre as alíneas “a” a “d” da CNI, assim como no art. IX da Convenção Europeia e no art. 36, n. 1, “a”, da Lei Modelo da UNCITRAL. Caso a sentença arbitral tenha sido anulada no país de origem com base em ISA, o tribunal de reconhecimento poderá negar o *exequatur*¹⁵⁶.

Segundo PAULSSON, a CNI foi elaborada com o propósito de assegurar que a sentença arbitral seja executada ao redor do mundo, salvo se a parte requerida provar uma impropriedade fundamental na sentença arbitral que impeça seu reconhecimento, sendo tais impropriedades enumeradas entre as alíneas “a” a “d” da CNI.

Não obstante, conforme PAULSSON, o art. V, n. 1, “e”, da CNI autoriza a recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira caso esta tenha sido anulada em seu país de origem, sem especificar sob quais fundamentos a sentença arbitral poderia ser anulada, a ensejar o “perigo” de que todos os tipos de particularidades do local da arbitragem possam frustrar o reconhecimento em outros países, alargando indiretamente os fundamentos de recusa taxativamente previstos nas alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da Convenção de Nova Iorque¹⁵⁷.

¹⁵⁶ PAULSSON, Jan. *Enforcing Arbitral Awards* ... [1998], p. 25 – “*The rich experience of international trade law since 1958 has taught us what an ISA is: something which falls within the scope of the first four paragraphs of Article V(1) of the New York Convention and Article 36(1)(a) of the UNCITRAL Model Law. Everything else would be an LSA, and entitled only to local effect*”.

¹⁵⁷ PAULSSON, Jan. *Enforcing Arbitral Awards* ... [1998], p. 02.

PAULSSON defende que a CNI permite, mas não obriga, que o reconhecimento seja indeferido caso a sentença arbitral se encaixe em algum dos fundamentos elencados nas alíneas “a” a “e” de seu art. V, n. 1, tendo em vista o emprego do verbo “*poderá*” (“*may*”) no *caput* do art. V, ao invés de “*deverá*” (“*shall*”).

Com efeito, na visão de PAULSSON, não existe a possibilidade de se violar a CNI através do reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira. Por outro lado, a CNI pode ser violada caso o tribunal de reconhecimento se recuse a conferir *exequatur* à sentença arbitral, se não estiverem presentes quaisquer dos fundamentos previstos no art. V da CNI¹⁵⁸.

Para PAULSSON, a CNI não foi elaborada com o intuito de estabelecer um regime unitário para a circulação internacional de sentenças arbitrais, uma vez que métodos de realizar essa tarefa já existiam antes da CNI, e continuaram a ser desenvolvidos após a CNI, como é caso da Lei Modelo da UNCITRAL (adotada por vários países), pela qual o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras é alcançado com bases idênticas às previstas na CNI.

Conforme PAULSSON, o propósito da CNI foi, simplesmente, tornar mais fácil a execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelo mundo, o que se confirma pelo art. VII, n. 1, da CNI, que prevê a possibilidade de aplicação de outros tratados e leis nacionais, caso sejam mais favoráveis ao reconhecimento¹⁵⁹.

Seguindo esse raciocínio, PAULSSON entende ser possível a países signatários da CNI o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras mesmo em casos em que a própria CNI estipule que o reconhecimento poderá ser recusado. Todavia, PAULSSON pondera exigir maior raciocínio identificar quando é sábio – ou mesmo obrigatório – o reconhecimento de uma sentença arbitral nesses casos, no que se inclui o problema do reconhecimento à sentença arbitral estrangeira anulada na origem¹⁶⁰.

¹⁵⁸ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 07 – “*The fact is that courts cannot violate the Convention by enforcing a foreign award. Rather, a violation would occur if a court of a State bound by the Convention were to refuse enforcement in the absence of one of the limited exceptions defined in Article V*”.

¹⁵⁹ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 07/08.

¹⁶⁰ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 08.

Partindo, então, do pressuposto de que o objetivo primordial da CNI é libertar o procedimento arbitral internacional do domínio da lei da sede da arbitragem, PAULSSON propõe a “execração” da anulação da sentença arbitral na origem quando fundamentada em LSA, isto é, em ordem pública local ou particularidades da lei interna do país da sede arbitral.

Como exemplo do que chama da “anátema” das particularidades locais, PAULSSON cita a hipótese em que uma sentença arbitral é anulada no país de origem sob o fundamento de não ter sido assinada por todos os árbitros, exigência não só excêntrica para os padrões contemporâneos da arbitragem internacional, como também contrária às regras arbitrais mais modernas, que garantem a validade da sentença arbitral ainda que um dos árbitros se recuse a assiná-la¹⁶¹.

PAULSSON entende que o mero fato de as partes terem escolhido a sede arbitral não justifica que se prestigiem subterfúgios como o citado no exemplo acima, ou regras estranhas às normas internacionalmente reconhecidas (por exemplo: regra que autorize a corte estatal a rever o mérito da sentença arbitral, que imponha que os árbitros sejam adeptos de uma religião específica, que os árbitros sejam do sexo masculino etc.)¹⁶².

Àqueles que defendem que “a lei não socorre aos que dormem”, e que, portanto, as partes deveriam se curvar à anulação promovida na sede arbitral, uma vez que eleita justamente pelas partes, PAULSSON responde que é lamentável e inadequado permitir que a arbitragem internacional seja um “campo minado” aos incautos, lembrando, ainda, que há casos em que o local da arbitragem internacional é escolhido por uma instituição, como a CCI ou a Associação Americana de Arbitragem, tornando-se irrelevante indagar se uma parte é ignorante ou bem informada¹⁶³.

Nesse sentido, PAULSSON defende que o critério adequado de reconhecimento consiste em procurar saber se a sentença arbitral estrangeira foi anulada no país de sua origem com base em LSA, o que, caso confirmado, não deve configurar um empecilho ao recolhimento.

¹⁶¹ PAULSSON, Jan. *Enforcing Arbitral Awards* ... [1998], p. 02.

¹⁶² PAULSSON, Jan. *Enforcing Arbitral Awards* ... [1998], p. 02.

¹⁶³ PAULSSON, Jan. *Enforcing Arbitral Awards* ... [1998], p. 02.

Na visão de PAULSSON, a comunidade arbitral internacional se encontra madura o suficiente, atualmente, para lidar com os efeitos perniciosos das anulação por particularidades locais¹⁶⁴.

Conforme PAULSSON, os tribunais de reconhecimento devem investigar os fundamentos sob os quais a sentença arbitral foi anulada na origem, para, em seguida, realizar análise crítica a fim de executar anulações por LSA. PAULSSON frisa, inclusive, que um LSA não se torna um ISA apenas porque a corte estatal de anulação se valeu de certa terminologia jurídica enquadrando a motivação da anulação como ISA.

Para PAULSSON, o tribunal de reconhecimento – que é, afinal, o tomador de decisões que terão consequências diretas em sua própria jurisdição – não possui menos soberania do que a corte estatal anulatória para afirmar se os ISA foram preenchidos¹⁶⁵. Defende PAULSSON que não se deve presumir que a corte estatal na sede da arbitragem se sentirá “ofendida” por decisões de outros países desconsiderando sua opinião acerca da validade da sentença arbitral.

Segundo o referido autor, os julgadores na sede da arbitragem devem ser “modestos” no que toca à extensão de sua jurisdição. Ao mesmo tempo que sistemas jurídicos têm o direito de aprovar regras que se adaptem às suas particularidades locais, não podem ser sobrecarregados pelo pensamento de que estão legislando para o mundo inteiro¹⁶⁶.

PAULSSON ressalta, ainda, que mesmo um ISA não deve, necessariamente, obstar o reconhecimento, já que as leis de vários países foram além do art. V da CNI, o qual, para PAULSSON, em alguns aspectos, parece atualmente um tanto antiquado e restritivo. Na forma do art. VII da CNI, conforme PAULSSON, os Estados estão perfeitamente autorizados a reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras de uma forma mais favorável do que a prevista na CNI¹⁶⁷.

¹⁶⁴ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 26.

¹⁶⁵ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 26.

¹⁶⁶ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 17/18.

¹⁶⁷ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 26/27 – “*The decision to enforce may either be predicated on the view that Article V(1) is discretionary, or may, pursuant to Article VII, be based on a more favourable*

Na visão de PAULSSON, o fato de que sentenças arbitrais, ocasionalmente, possam ter resultados inconsistentes (sentença arbitral anulada no país X, reconhecida no país Y e não reconhecida no país Z etc.) não configura uma objeção à aplicação de sua doutrina. PAULSSON afirma que resultados inconsistentes já ocorrem, de tempos em tempos, e são o produto de um mundo em que cada ordenamento jurídico exerce sua respectiva soberania.

Tanto que, advogando a favor de sua teoria, PAULSSON questiona por que a rejeição de pedido de anulação da sentença arbitral no país de origem não vincula todos os demais países a reconhecer e executar a sentença arbitral (mesmo argumento utilizado pela teoria deslocalizadora)¹⁶⁸.

Aplicando-se a teoria proposta por PAULSSON, também o adiamento a que se refere o art. VI da CNI deverá ser indeferido, salvo se o tribunal de reconhecimento avaliar ser provável que um ISA se materialize.

Para esse autor, sua teoria tem a virtude de criar incentivos para que as cortes nacionais ajam em conformidade com os padrões internacionalmente reconhecidos, pois, na medida em que as cortes nacionais passarem a enxergar a “futilidade” dos LSA no contexto internacional, passarão a limitar seu controle de legalidade sobre a arbitragem a fundamentos aceitos em todos os lugares¹⁶⁹.

2.5. Doutrina de Gary Born (intermediária).

Também integra a corrente pluralista o jurista norte-americano GARY B. BORN, para o qual é possível o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada em seu país de origem, quando a respectiva decisão judicial anulatória:

(I) tiver se fundado na ordem pública local, ou em regras de não arbitrabilidade específicas do país da sede da arbitragem;

law (the latter would require rejection of Art. 36(1)(a)(v) of the Model Law). This is a secondary issue; national solutions may differ technically but yet reach the same result of disregarding LSAs”.

¹⁶⁸ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 26/27.

¹⁶⁹ PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards ... [1998], p. 27/28.

- (II) tiver, substancialmente, realizado revisão do mérito da sentença arbitral; ou
- (III) tiver se baseado em fundamentos que não aqueles previstos entre as alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI.

Conforme BORN, o mesmo do item “III” acima deve valer para a hipótese de a própria decisão judicial anulatória não puder ser reconhecida; isto é, quando a decisão anulatória não atender a padrões universalmente aceitos para reconhecimento de decisões estrangeiras, sendo o caso, por exemplo, da decisão judicial anulatória proferida sem que a parte ré tenha sido citada, violando-se o devido processo legal, ou da decisão proferida por juiz não dotado de imparcialidade e independência.

Para BORN, nesses casos, poderá o tribunal de reconhecimento negar vigência à decisão judicial anulatória e, assim, aplicar de forma independente as alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI, para decidir pelo deferimento, ou não, do reconhecimento à sentença arbitral estrangeira¹⁷⁰.

BORN justifica sua posição com base em alguns argumentos. Primeiramente, para BORN, a CNI não contém dispositivo que impeça seus Estados signatários de reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na origem, ficando a critério dos respectivos tribunais de reconhecimento autorizar o *exequatur*, ou não, a despeito de outros países pensarem diferente. O art. V da CNI permitiria, porém, não exigiria o não reconhecimento à sentença arbitral estrangeira¹⁷¹.

Tal conclusão, segundo BORN, teria suporte no art. VII da CNI, sob o argumento de que tal dispositivo convencional não faria sentido algum se o art. V, de fato, forçasse o não reconhecimento a sentenças arbitrais abarcadas por fundamentos previstos no

¹⁷⁰ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.639 – “*Under this approach, Contracting States should deny effect to annulment decisions in the arbitral seat: (a) which are based on local public policies or nonarbitrability rules in the annulment forum, (b) which are based on judicial review of the merits of the arbitrators’ substantive decision or on other grounds not included in Articles V(1)(a) to (d) of the Convention, or (c) which fail to satisfy generally-applicable standards for recognition of foreign judgments (e.g., procedurally-fair, regular procedures before an impartial decision-maker). Where an annulment decision is not given effect, the recognition court should independently apply the first four subparagraphs of Article V(1) (e.g., Articles V(1)(a) to (d)) to determine whether or not to recognize the underlying award.*”

¹⁷¹ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.639.

art. V, n. 1, da CNI, em particular a alínea “e”, de modo que uma sentença arbitral anulada simplesmente não deixa de existir¹⁷².

Além disso, na visão de BORN, seria prejudicial à arbitragem internacional permitir que toda e qualquer decisão estatal na sede arbitral tivesse o efeito vinculante de obstar a circulação de sentenças arbitrais proferidas em procedimentos corretamente instaurados e pautados de acordo com o devido processo legal.

Isso porque, no caso, restaria frustrado um dos principais objetivos da arbitragem, qual seja: impedir que disputas internacionais sejam dirimidas por meio de um moroso processo judicial, nem sempre decidido por julgadores especializados¹⁷³.

Mais fundamentalmente, conforme BORN, teria o resultado inaceitável de obrigar todos os países signatários da CNI a observar decisões anulatórias independentemente da integridade no processo judicial de anulação, ou das razões utilizadas pelo tribunal estatal de anulação, cenário que não se adequa aos propósitos da CNI, nem atende a noções básicas de justiça¹⁷⁴.

Segundo BORN, quando da análise de pedido de reconhecimento envolvendo sentença arbitral estrangeira anulada na origem, a melhor abordagem a ser adotada pelo tribunal de reconhecimento é aplicar a solução da Convenção Europeia, isto é, verificar se a decisão judicial anulatória na sede teve como base fundamento previsto nas alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI.

Apenas nessas circunstâncias, para BORN, a decisão anulatória poderá ser levada em consideração¹⁷⁵.

Em outras palavras, na visão de BORN, se a corte estatal no país da sede da arbitragem anular a sentença arbitral com base na ordem pública local, em regras de não arbitrabilidade do país da sede, ou em decorrência de revisão substancial do mérito da

¹⁷² BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.639/3.640.

¹⁷³ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.639/3.640.

¹⁷⁴ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.640.

¹⁷⁵ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.641/3.642.

sentença arbitral, a decisão anulatória não deverá ter efeito preclusivo sobre o tribunal encarregado do reconhecimento.

Igualmente, para fins de reconhecimento, de acordo com BORN, será irrelevante que o sistema jurídico de determinado Estado estabeleça a revisão substancial obrigatória do mérito das sentenças arbitrais, a despeito de haver acordo entre as partes para que seus litígios serão dirimidos, exclusivamente, por meio da via arbitral¹⁷⁶.

GARY BORN busca justificar sua posição em uma análise sistemática da CNI. Segundo BORN, o art. V. n. 2, da CNI consiste em uma “válvula de escape” às regras uniformes de recusa de reconhecimento, previstas no art. V, n. 1, autorizando que o país signatário recuse reconhecimento em casos raros de violação à sua ordem pública ou às suas regras locais de não arbitrabilidade.

Porém, não determina que um país signatário negue o reconhecimento apenas porque outro Estado (da sede da arbitragem) anulou a sentença arbitral com base em sua própria concepção de ordem pública, ou conforme suas regras locais de não arbitrabilidade¹⁷⁷.

Caso assim não fosse, para GARY BORN, a ordem pública deixaria de ser uma “válvula de escape” do tribunal de reconhecimento para se tornar algo vinculativo a todos os países signatários, resultado contrário tanto à natureza da ordem pública, como ao texto e ao espírito da CNI, que visa a promover o reconhecimento internacional de convenções de arbitragem e de sentenças arbitrais.

Segundo defende GARY BORN, não obstante um Estado signatário ser livre para negar efeitos a sentenças arbitrais conforme sua noção de ordem pública e suas regras de não arbitrabilidade, o exercício dessa liberdade não vincula os outros Estados contratantes¹⁷⁸.

¹⁷⁶ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.642.

¹⁷⁷ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.642.

¹⁷⁸ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.642 – “... *Article V(2) of the Convention establishes an exceptional escape device from Article V’s generally-uniform rules, which permits a state to refuse to recognize an award in rare cases where its own local public policy or nonarbitrability rules are violated. What Article V(2) does not contemplate, however, is that a Contracting State deny recognition to an award merely because another state relied on its own conceptions of public policy, or nonarbitrability, to annul that award; this would transform local public policy from an exceptional escape device into a generally-applicable decision binding in all Contracting States.*”

De forma similar, para BORN, caso a anulação da sentença arbitral na sede tenha se dado através de substantiva revisão judicial de seu mérito, o tribunal encarregado do reconhecimento poderá avaliar essa situação à vista de sua própria ordem pública, na forma do art. V, n. 2, “b”, da CNI, desconsiderando a decisão anulatória para fins de reconhecimento da sentença arbitral¹⁷⁹.

Já no caso de a sentença arbitral ser anulada na sede em bases equivalentes às constantes do art. V, n. 1, “a” a “d”, da CNI, BORN pondera que a análise é mais difícil. Nessa situação, pode o tribunal de reconhecimento conduzir inquirição independente sobre a presença dos fundamentos do art. V, n. 1, “a” a “d”, da CNI na sentença arbitral, ou deve conferir efeito preclusivo à decisão anulatória?

Entende BORN ser consistente o argumento de que o propósito básico da CNI estará mais bem atendido se ao tribunal de reconhecimento for deferida a revisão da decisão anulatória no que toca à aplicação dos fundamentos do art. V, n. 1, “a” a “d”, pois isto poderá garantir que tais fundamentos internacionalmente aceitos estiveram, genuinamente, presentes no caso concreto, a evitar que decisões judiciais parciais ou tecnicamente inadequadas frustrem a eficácia da convenção de arbitragem¹⁸⁰.

Conforme BORN, essa preocupação persiste, principalmente, quando a sede da arbitragem e, logo, o tribunal de anulação, está no país da parte perdedora, ou quando a própria parte perdedora é o Estado da sede da arbitragem. Nesses casos, a preocupação de o tribunal da sede vir a ser parcial ganha maior relevo, justamente o que as partes buscaram evitar ao submeter seus litígios à via arbitral.

That result would contradict both the nature of the public policy doctrine and the Convention's text and purposes, which require recognition of agreements to arbitrate and arbitral awards. Rather, while a Contracting State is generally free to rely on its local public policies and nonarbitrability rules to deny effect to arbitral awards, its exercise of this freedom is not binding on other Contracting States”.

¹⁷⁹ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.642/3.643.

¹⁸⁰ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.643 – “*The question is instead whether the recognition court should nonetheless choose to conduct such an independent inquiry where annulment is based on grounds paralleling those in Articles V(1)(a) to (d), or whether the recognition court should instead choose to give preclusive effect to the annulment decision. There is a substantial argument that the basic purposes of the Convention would be better served by independent review of the applicability of Article V's exceptions by the recognizing court. That would ensure that one of the internationally-accepted substantive bases for denying effect to an award, contained in Article V(1)'s first four paragraphs, was genuinely present, and would prevent partisan or inexperienced local courts in the arbitral seat from frustrating the parties' arbitration agreement*”.

Nesse sentido, GARY BORN conclui que, embora existam razões para que se dê efeito preclusivo às decisões judiciais anulatórias na sede, os custos e atrasos de assim se fazer, e o risco de perda de neutralidade através da decisão estatal, de longe superam os benefício.

Conforme BORN, buscam as partes, com a arbitragem internacional, obter uma rápida e técnica resolução de seus litígios, por meio de um foro neutro, objetivo mais bem atingido quando o tribunal de reconhecimento realiza análise independente sobre a presença, de fato, dos fundamentos previstos no art. V, n. 1, da CNI na sentença arbitral estrangeira anulada.

Assim é que, para GARY BORN, mesmo a decisão judicial anulatória com base em fundamento equivalente àqueles previstos no art. V, n. 1, “a” a “d” da CNI só deve ser levada em consideração pelo tribunal de reconhecimento após cuidadosa análise do processo do qual resultou essa decisão.

Em particular, BORN entende que o tribunal de reconhecimento deve examinar os autos do processo judicial anulatório na sede arbitral em conformidade com seus padrões para o reconhecimento de decisões estrangeiras, verificando, desse modo, se o processo de anulação atendeu ao devido processo legal, oportunizando às partes o direito de serem ouvidas por motivos equivalentes àqueles do art. V, n. 1, da CNI.

Caso tais condições tenham sido satisfeitas, para BORN, a decisão de anulação será, em princípio, sujeita ao reconhecimento, obstando o reconhecimento à sentença arbitral anulada¹⁸¹.

Por fim, BORN defende que, se as partes tiverem acordado, na convenção de arbitragem, a possibilidade de uma revisão judicial da sentença arbitral na sede com base em fundamentos mais amplos do que os previstos no art. V, n. 1, “a” a “d” da CNI, a decisão de anulação deve ser aplicada pelo tribunal de reconhecimento (não obstante se tratar de hipótese raríssima).

¹⁸¹ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration* ... [2014], p. 3.644/3.645.

Por outro lado, para BORN, se, na convenção de arbitragem, as partes tiverem renunciado expressa ou implicitamente a quaisquer direitos de recurso ou anulação, não deverá ser conferido qualquer efeito, pelo tribunal de reconhecimento, à decisão de anulação, sob pena de violação do art. II da CNI¹⁸².

2.6. Doutrina de William Park (intermediária).

Também na linha moderada, encontra-se a doutrina do jurista norte-americano WILLIAM W. PARK, segundo a qual *“o melhor caminho é tratar as decisões anulatórias como quaisquer outros julgados estrangeiros, conferindo a elas validade (e, logo, recusando reconhecimento à sentença arbitral anulada), a não ser que o processo judicial que resultou na anulação tenha sido infectado com irregularidades graves”*.

Na visão do referido autor, tal posição *“amolda-se perfeitamente à discricionariedade criada pela CNI”*¹⁸³.

WILLIAM PARK afirma que a falta de integridade em um processo de anulação pode ser encontrada, por exemplo, no caso em que uma sentença arbitral CCI proferida na África do Sul, contra uma companhia sul-africana, foi anulada por juiz sul-africano, que, ao invés de permitir à CCI a constituição de um novo e neutro tribunal arbitral, nomeou ele próprio, o juiz, três ex-juízes sul-africanos para o novo painel arbitral, conforme havia sido indicado pela companhia sul-africana¹⁸⁴.

Em síntese, para PARK, a sentença arbitral estrangeira anulada poderá ser reconhecida quando a respectiva decisão judicial estrangeira anulatória, ela própria, não puder ser reconhecida.

¹⁸² BORN, Gary B. International Commercial Arbitration ... [2014], p. 3.645/3.646.

¹⁸³ PARK, William W. What is to be done with annulled awards? Arbitration of Int'l Bus. Disputes Oxford (2006, 2nd ed., 2012), p. 353 – *“... as a matter of policy the best path might be to treat annulments like other foreign commercial judgments, granting them deference (thus denying enforcement to vacated awards) unless the judicial action that vacated the award was infected with fundamental procedural impropriety. Such an approach would fit nicely within the discretionary framework created by the New York Convention”*.

¹⁸⁴ PARK, William W. What is to be done ... [2012], p. 353/354 – *“A lack of integrity in the annulment process might be found, for example, in a foreign judge's refusal to remand a case to neutral arbitrators. In such circumstances, an enforcement forum might well be justified in recognizing the vacated arbitral award rather than the vacating court judgment”*.

Trata-se de posição análoga à defendida pelo professor brasileiro LAURO DA GAMA E SOUZA JR., segundo o qual “*o controle secundário assume caráter patológico quando o Estado de recepção: (i) opta por reconhecer sentença arbitral regular e legitimamente anulada no país de origem; ou (ii) recusa o reconhecimento de sentença arbitral anulada de forma abusiva no país de origem*”¹⁸⁵.

Conforme WILLIAM PARK – diferentemente do que defende JAN PAULSSON, cuja solução é focada nos motivos da anulação –, “*o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas deve depender não tanto da natureza da anulação, mas sim se a anulação foi realizada de boa-fé e de acordo com princípios fundamentais de justiça*”.

Dessa forma, “*a pedra de toque para acolher os efeitos das decisões estrangeiras de anulação reside na inexistência de fraude ou de influência abusiva, em conformidade com os princípios fundamentais de ordem pública internacional*”¹⁸⁶.

Não se trata, assim, nesse ponto de vista, de perquirir se os motivos utilizados pela decisão judicial anulatória estrangeira estão em conformidade com os LSA ou ISA, e sim de verificar se o processo de anulação se deu conforme o devido processo legal, não tendo resultado a decisão anulatória de julgamento parcial e dependente, ou fruto de fraude, corrupção ou intervenção política indevida.

Conforme sustenta WILLIAM PARK, a principal dificuldade na solução advogada por JAN PAULSSON se encontra no fato de esta misturar, indiscriminadamente, controles de legalidade primários de boa-fé e de má-fé.

Isso porque, enquanto algumas anulações fora do âmbito dos ISA impedem que se dê eficácia à arbitragem (por exemplo, exigir-se que todos os árbitros assinem a sentença arbitral, dando a eventual árbitro dissidente uma “ferramenta” para sabotar a arbitragem), outras refletem os interesses legítimos do Estado da sede da arbitragem ou

¹⁸⁵ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) – recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259.

¹⁸⁶ PARK, William W. Duty and discretion in International Arbitration. Arbitration of Int’l Bus. Disputes Oxford (2006, 2nd ed., 2012), p. 367 – “*Recognition of vacated awards should depend not on the nature of the annulment standard, but on whether the annulment was made in good faith and comports with fundamental notions of justice. The touchstone for deference to court judgments about arbitration, as to arbitral awards themselves, lies in the absence of fraud and undue influence, and conformity with basic notions of international public policy*”.

das partes (por exemplo, mecanismos para lidar com a parcialidade dos árbitros ou evitar erros teratológicos)¹⁸⁷.

Além disso, segundo PARK, distinguir-se ISA e LSA, na prática, não é tão fácil como a Convenção Europeia sugere¹⁸⁸. Uma anulação enquadrada nas alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI pode ser não menos ofensiva a “*noções básicas de justiça*” ou à ordem pública internacional do Estado de reconhecimento.

Nessa linha, deve-se analisar não os motivos pelos quais foi decidida a anulação, e sim o modo como foi alcançada, pois, ainda que a pretexto de ISA, a decisão anulatória será capaz de violar valores e princípios tidos como essenciais no Estado de reconhecimento. PARK frisa que o caminho seguido pela CNI foi uma via intermediária que reduziu, porém não eliminou o papel da sede arbitral.

Desse modo, quando o tribunal de reconhecimento acata a anulação da sentença arbitral estrangeira, decretada de boa-fé no Estado da sede da arbitragem, mesmo que baseada em fundamento que não se enquadre nas alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI, está cumprindo a convenção de arbitragem celebrada entre as partes, expresso na escolha da sede arbitral, não podendo as partes ignorar que essa escolha determina a aplicação da lei da sede e a jurisdição dos tribunais da sede para o controle primário de legalidade.

Recusar as implicações dessa escolha equivaleria a permitir à parte que venha a ficar descontente com a decisão da jurisdição de supervisão a se subtrair de tal decisão¹⁸⁹. Isto é, pode o tribunal da sede realizar o controle da sentença arbitral de acordo com a lei da sede e conforme sua noção de ordem pública, pois esse é o sistema criado pela CNI, e essa é uma consequência lógica da escolha da sede pelas partes, o que não pode ser ignorado.

¹⁸⁷ PARK, William W. Duty and discretion ... [2012], p. 362 – “*The chief difficulty in this approach lies in its promiscuous taxonomy, which indiscriminately mixes both good and bad review standards. While some annulments falling outside the approved grounds impede efficient arbitration, others (such as mechanisms to deal with arbitrator bias or clear legal error further legitimate interests of the regulating state or the parties)*”.

¹⁸⁸ PARK, William W. Duty and discretion ... [2012], p. 363 – “*In addition, the line between approved and unapproved grounds for vacatur is not as clear-cut as the European Convention suggests. For example, misapplication of the law (not an approved standard) by arbitrators deliberately rejecting governing legal principles might be interpreted as excess of authority (which is an approved annulment standard)*”.

¹⁸⁹ PARK, William W. Duty and discretion ... [2012], p. 364/365.

Nesse sentido, WILLIAM PARK defende que uma deferência, ou não, pelo tribunal de reconhecimento, à decisão de anulação não deve partir dos fundamentos utilizados no ato de anulação.

Pelo contrário, “*a solução mais saudável em relação às decisões de anulação é tratá-las como outros julgados estrangeiros, dando a elas deferência, a não ser que resultem de processos injustos ou contrários a noções fundamentais de justiça*”. PARK não enxerga nessa solução um problema de *comity*¹⁹⁰.

Tal tese é acompanhada pelo jurista português ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, o qual “*preconiza que o tribunal ao qual se pede o reconhecimento da sentença arbitral anulada no Estado em que foi proferida, acate, em princípio, essa decisão anulatória, só devendo afastar tal deferência de princípio quando isso resulte em violação da ‘ordem pública internacional’ de que este tribunal é guardião*”¹⁹¹.

2.7. Doutrina de George Bermann (intermediária).

Em sentido análogo ao entendimento de WILLIAM PARK, encontra-se a doutrina do estudioso jurista norte-americano de direito internacional GEORGE A. BERMANN, para o qual, ao menos sob algumas circunstâncias, uma sentença arbitral estrangeira poderá ser reconhecida apesar de sua anulação na origem. Segundo BERMANN, são numerosos e convincentes os argumentos a favor dessa posição¹⁹².

Primeiramente, conforme BERMANN, o texto da CNI prevê que o tribunal de reconhecimento “*poderá*” – ao invés de “*deverá*” – negar *exequatur* à sentença arbitral estrangeira caso tenha sido esta anulada na origem.

¹⁹⁰ PARK, William W. Duty and discretion ... [2012], p. 363 – “*The soundest policy toward annulment orders is to treat them like other foreign money judgments, according them deference unless procedurally unfair or contrary to fundamental notions of justice. While controversial annulments will arouse the same type of resistance as other problematic judgments, there is no reason that these cases cannot be disposed of within comity's flexible framework*”.

¹⁹¹ CAMELO, António Sampaio. O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária. Coimbra: Almedina, 2016, p. 201.

¹⁹² BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law. The Hague Academy of International Law, Brill Nijhoff, 2017, p. 539.

BERMANN afirma que o verbo “*poderá*” (“*may*”) substituiu o verbo “*deverá*” (“*must*”), incluído em minuta inicial da CNI, a ensejar a conclusão de que a anulação da sentença arbitral pode justificar, mas não obriga, a recusa de seu reconhecimento, tendo os tribunais de reconhecimento, assim, discricionabilidade para conferir *exequatur* a uma sentença arbitral estrangeira apesar de sua anulação na origem¹⁹³.

Em segundo lugar, de acordo com BERMANN, o art. VII da CNI (princípio da máxima eficácia) dá suporte à tese de que os tribunais de reconhecimento podem, em linha com a CNI, dar *exequatur* a sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na origem. Para BERMANN, se os fundamentos de recusa do art. V da CNI fossem mandatórios, o art. VII seria praticamente sem sentido e sem função¹⁹⁴.

Como terceiro argumento, BERMANN sustenta que algumas causas de anulação na sede arbitral, de acordo com a lei nacional do país da sede arbitral, podem ser muito específicos daquele Estado.

Desse modo, para BERMANN, é altamente questionável se uma sentença arbitral anulada na origem com base na não arbitrabilidade do litígio ou em violação à ordem pública local do país da sede ficaria obstada de ser reconhecida em outra jurisdição, cujas regras de não arbitrabilidade e de ordem pública não seriam ofendidas por meio do *exequatur* à sentença arbitral (e cuja ordem pública, de outro lado, seria ofendida com a recusa ao *exequatur*, prestigiando-se a decisão anulatória)¹⁹⁵.

Nesse sentido, BERMANN elogia a solução adotada pela Convenção Europeia de 1961, em seu art. IX, a qual, segundo o referido autor, baseia-se tipicamente nas regras de direito internacional privado, segundo as quais a autoridade dos Estados sobre uma transação ou relacionamento multijurisdicional deve refletir a força dos elementos de conexão entre a sentença arbitral e cada uma das jurisdições envolvidas¹⁹⁶.

¹⁹³ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 539/540 – “*In other words, annulment of an award may justify, but does not compel, a denial of recognition or enforcement. It follows that courts retain authority to recognize and enforce an award despite its annulment*”.

¹⁹⁴ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 540 – “*If grounds under Article V were mandatory, Article VII would be practically meaningless and functionless*”.

¹⁹⁵ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 543.

¹⁹⁶ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 543/544 – “*The European Convention has been praised in this regard as based on ‘typical private international law’ reasoning, according to which the authority of States over a multijurisdictional transaction or relationship should reflect the ‘strength of the connecting factors’ between the award and each of the jurisdictions involved*”.

Por fim, como quarto argumento, BERMANN aduz que seria fundamentalmente prejudicial aos propósitos da arbitragem internacional caso a anulação de uma sentença arbitral na origem a impedisse de produzir efeitos em outras jurisdições, a despeito de eventual “falta de integridade” da respectiva decisão judicial anulatória.

Segundo BERMANN, é possível haver ilegítimas e legítimas decisões de anulação, sendo um exemplo de decisão ilegítima a hipótese em que uma sentença arbitral vem a ser anulada por corrupção ou por favoritismo em benefício de ente estatal prejudicado pelo resultado da arbitragem.

Para esses casos de decisões ilegítimas, para BERMANN, a possibilidade de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, não obstante sua anulação na origem, trata-se de uma “válvula de escape”, protegendo os anseios da arbitragem internacional contra “*injustas ou parciais anulações mascaradas de fundamentos razoáveis*”¹⁹⁷.

De acordo com BERMANN, mesmo na ausência de corrupção ou outra conduta imprópria por parte da corte de anulação na origem, a decisão anulatória pode adotar fundamento profundamente “excêntrico” ou “idiossincrático” da sede arbitral, situação que também não deve impedir o reconhecimento da sentença arbitral em outros países, sob pena de o Estado da sede arbitral impor, a nível global, visão particular sua¹⁹⁸.

Isso porque, ao final e ao cabo, a decisão judicial de anulação da sentença arbitral na sede se trata, apenas, de uma decisão judicial. E, sob a perspectiva do tribunal de reconhecimento, é apenas um “*julgado estrangeiro*”. Como consequência, o tribunal de reconhecimento deve tratar a decisão judicial anulatória estrangeira da mesma forma que trata decisões judiciais estrangeiras em geral, de acordo com suas próprias regras de direito internacional privado. Isso – é claro – partindo do pressuposto de que também a decisão judicial anulatória estrangeira, para ser reconhecida, deve atender a regras de admissibilidade do Estado onde o reconhecimento é perseguido.

¹⁹⁷ BERMANN, George A. International Arbitration ... [2017], p. 544/545 – “*The recognizability and enforceability of annulled awards is a valuable safety device, protecting against ‘unfair or biased annulment decisions masked on reasonable grounds’*”.

¹⁹⁸ BERMANN, George A. International Arbitration ... [2017], p. 545.

Afinal, em nenhuma jurisdição os julgados estrangeiros são automaticamente autorizados ao reconhecimento: todos estão sujeitos à negativa de *exequatur*, caso, excepcionalmente, façam-se presentes um ou mais fundamentos de recusa previstos nas regras de direito internacional privado do Estado de reconhecimento¹⁹⁹.

Além disso, na visão de BERMANN, o tribunal de reconhecimento deve sempre estar alerta à possibilidade de a decisão judicial anulatória estrangeira ter sido proferida sem qualquer base séria na lei, ou por motivação política, principalmente em hipóteses de sentenças arbitrais proferidas em desfavor de entes estatais da sede arbitral, caso em que a atenção deve ser ainda maior.

Igualmente, o tribunal de reconhecimento deve enxergar com “maus olhos” a decisão judicial anulatória que tenha realizado uma profunda revisão do mérito da disputa julgada pela sentença arbitral. Segundo BERMANN, em tais situações, o tribunal de reconhecimento deve, ao menos, contemplar a possibilidade de o reconhecimento ser deferido, apesar da anulação da sentença arbitral na origem²⁰⁰.

Com base nos argumentos acima, BERMANN conclui sua posição afirmando que atribuir às decisões estrangeiras anulatórias a mesma presunção relativa de regularidade de que gozam as decisões estrangeiras em geral, segundo as regras de direito internacional privado do foro de reconhecimento, trata-se de solução capaz de promover salvaguarda contra anulações manifestamente injustificadas, politicamente motivadas, ou que, de qualquer outro modo, não tenham sido íntegras²⁰¹.

¹⁹⁹ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 545/546 – “At the end of the day, a judgment of annulment is only a judgment – and, from the perspective of the court where recognition or enforcement is sought, only a ‘foreign’ judgment. Under this view, a court should treat a foreign judgment of annulment no differently than it would treat any other foreign judgment under its own general private international law principles (which we may assume for present purposes authorizes or requires recognition and enforcement of a foreign judgment unless one of certain stated grounds for denying recognition or enforcement is established). After all, in no jurisdiction are foreign judgments categorically entitled to recognition and enforcement; all are subject to a denial of recognition and enforcement if, exceptionally, one or more of the forum’s standard grounds justifying such denial are met”.

²⁰⁰ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 546/547 – “Thus, an enforcing court should be alert to the possibility that a foreign annulment lacked any serious basis in law or was politically motivated. Annulment of awards rendered against State-owned instrumentalities of the State where the arbitration took place may be especially suspicious. An enforcing court might equally take a dim view of an annulment based on a wholesale review by the annulling court of the merits of the underlying dispute. A court should be able, on these bases, to at least contemplate disregarding the foreign judgment”.

²⁰¹ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 548 – “In sum, giving judgments of annulment the same rebuttable presumption of regularity that foreign judgments enjoy under the forum’s general private international law principles of judgment recognition – assuming the standard grounds for rejecting a foreign judgment are supplemented by related grounds based on the circumstances surrounding the annulment – should provide an adequate safeguard against annulments that are manifestly unjustified, politically motivated, or otherwise lacking in integrity”.

GEORGE BERMANN ressalta, porém, que sua posição não sugere que decisões de anulação sejam comumente desconsideradas, e sentenças arbitrais estrangeiras anuladas sejam sempre reconhecidas. Pelo contrário, o referido autor faz questão de registrar que o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na origem se trata de medida excepcional, a qual requer uma convincente fundamentação²⁰².

Com relação às circunstâncias em que uma sentença arbitral estrangeira anulada na origem pode ser reconhecida, BERMANN avalia que proposições como as de JAN PAULSSON e GARY BORN – focadas mais nas causas de anulação da sentença arbitral na origem –, apesar do considerável apelo, podem gerar um problema de diplomacia externa (*international comity*), pois sugerem a desconsideração, pelo tribunal de reconhecimento, de decisão judicial de outro Estado que aplica suas regras de não arbitrabilidade, ou entende ter havido violação à ordem pública local²⁰³.

Pelas lições de BERMANN, parece haver uma inclinação desse autor à solução de que o reconhecimento, ou não, de uma sentença arbitral estrangeira anulada perpassa não pelos fundamentos de anulação no Estado de origem, e sim pelas regras de direito internacional privado do Estado de reconhecimento.

Isso fica claro quando o referido autor aduz que *“pode ser que tribunais solicitados ao reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas façam pouco mais do que se questionar se o reconhecimento da própria decisão judicial de anulação seria contrário a noções fundamentais de justiça, isto é, ofenderiam a ordem pública”* (tradução livre)²⁰⁴.

²⁰² BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 548 – “None of this is meant to suggest that judgments of annulment should be routinely ignored, and annulled awards routinely enforced – far from it. Even in jurisdictions that entertain the possibility of enforcing annulled awards, enforcement of such awards is considered highly exceptional and requires a compelling justification”.

²⁰³ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 549/550 – “This position has considerable appeal, despite the possible offence to international comity inherent in disregarding another jurisdiction’s assertion of non-arbitrability or breach of public policy”.

²⁰⁴ BERMANN, George A. *International Arbitration* ... [2017], p. 550 – “It may be that courts that are requested to enforce awards, despite their having been annulled abroad, do little more than ask themselves whether giving effect to the judgment of annulment would be contrary to fundamental notions of justice (i.e., offend public policy)”.

Para BERMANN, as regras gerais de direito internacional privado – como as que regulam o reconhecimento de julgados estrangeiros – estão muito em jogo na tarefa do tribunal de reconhecimento de determinar se irá, ou não, conceder *exequatur* à sentença arbitral estrangeira anulada na origem²⁰⁵.

3. QUADRANTE PRÁTICO.

3.1. Deslocalização na jurisprudência francesa.

3.1.1. Pabalk vs. Norsolor.

Apesar de, na França, o reconhecimento da sentença arbitral anulada na origem ter ganhado destaque com os Casos HILMARTON e PUTRABALI, o problema em exame surgiu naquele país no início dos anos 80, com o Caso NORSOLOR.

Uma sentença arbitral proferida na Áustria, em favor da sociedade turca PABALK, foi parcialmente anulada pela Corte de Apelação de Viena, em 29.06.1982, sob o argumento de que os árbitros teriam aplicado a *lex mercatória*, o que, para a Corte de Viena, teria configurado um julgamento por equidade, sem que o tribunal arbitral estivesse autorizado para tanto.

Em 09.10.1984, a Corte de Cassação francesa reconheceu a sentença arbitral, que havia sido anulada pelos tribunais austríacos. Para tanto, sustentou a referida Corte, com base no art. VII, n. 1, da CNI, que um juiz não pode se fundar nessa Convenção para recusar reconhecimento a uma sentença arbitral, caso seu direito nacional lhe permita considerar essa sentença arbitral como válida e passível de execução²⁰⁶.

²⁰⁵ BERMANN, George A. International Arbitration ... [2017], p. 550.

²⁰⁶ FRANCE No. 7 / E1, Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi (Turkey) v. Norsolor SA (France), Cour de Cassation, 9 October 1984 and Cour d'Appel, Paris, 19 November 1982. Yearbook Commercial Arbitration 1986, Vol. XI. The Hague: Kluwer, 1986 – “Whereas by ruling in this manner, where a Court of Appeal had a duty to determine, even *ex officio*, if French law would not allow Pabalk to avail itself of the award at stake, the Court of Appeal violated the above-mentioned provisions”.

Conforme a Corte de Cassação, cabe ao juiz francês da execução “*apurar, inclusive de ofício, se o direito francês não permite à parte beneficiada pela sentença arbitral o direito de valer-se da mesma*” (tradução por MANTILLA-SERRANO)²⁰⁷.

3.1.2. Polish Ocean Line vs. Jolasry.

O mesmo entendimento foi seguido no Caso POLISH OCEAN LINE, no qual a Corte de Cassação francesa, em 10.03.1993, reconheceu a validade de sentença arbitral proferida na Polônia que havia sido anulada, em 22.05.1990, pelo Tribunal de Gdansk. A sentença arbitral havia condenado a sociedade polonesa POLISH OCEAN LINE a pagar indenização à sociedade francesa JOLASRY.

A Corte de Cassação francesa avaliou que, não obstante a suspensão ou anulação da sentença arbitral se tratar de fundamento previsto na CNI para o não reconhecimento, tal hipótese não constava do rol de motivos englobados no art. 1.502 do então vigente CPC francês, de modo que, por aplicação do art. VII, n. 1, da CNI (princípio da máxima eficácia), a suspensão ou anulação da sentença arbitral no país de origem, por si só, não justificava a negativa de reconhecimento na França²⁰⁸.

Decidiu a Corte de Cassação que “*o juiz francês não pode negar a execução, quando a sentença arbitral já tiver sido anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país no qual ela tenha sido proferida, com base em motivo que não faça parte daqueles enumerados no art. 1.502 do CPC, ainda que previsto pelo art. V I (e) da Convenção de 1958*” (tradução por MANTILLA-SERRANO)²⁰⁹.

²⁰⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. Algumas notas sobre a execução de sentenças arbitrais anuladas e a Convenção de Nova Iorque. Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. VI, n. 24, 2009, p. 93.

²⁰⁸ FRANCE No. 20, Polish Ocean Line v. Jolasry, Cour de cassation [Supreme Court], 10 March 1993. Yearbook Commercial Arbitration 1994, Vol. XIX. The Hague: Kluwer, 1994 – “*Art. VII of the 1958 New York Convention, to which both France and Poland are parties, does not deprive any interested party of any right it may have to avail itself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law of the country where such award is sought to be relied upon. As a result, a French court may not deny an application for leave to enforce an arbitral award which was set aside or suspended by a competent authority in the country in which the award was rendered, if the grounds for opposing enforcement, although mentioned in Art. V(1)(e) of the 1958 New York Convention, are not among the grounds specified in Art. 1502 NCCP*”.

²⁰⁹ MANTILLA-SERRANO, Fernando. Algumas notas sobre a execução de sentenças ... [2009], p. 94.

3.1.3. Hilmarton vs. OTV.

No emblemático CASO HILMARTON, a França firmou sua posição de possibilitar a desconsideração das decisões de nulidade de sentenças arbitrais.

Instaurou-se procedimento arbitral perante a CCI, na Suíça, no qual a sociedade empresária inglesa HILMARTON requereu a condenação da sociedade francesa OTV ao pagamento de comissão contratual em decorrência de assessoria prestada em concorrência pública na Argélia. O pedido indenizatório foi rejeitado por árbitro singular, o qual entendeu que a contratação era contrária à moral, por violar a lei argelina, pronunciando, assim, a nulidade do contrato.

A HILMARTON ajuizou ação anulatória perante o Poder Judiciário suíço, obtendo a anulação da sentença arbitral pela Corte de Justiça de Genebra, em 17.11.1989, sob o fundamento de que a violação à lei estrangeira não contrariava a ordem pública suíça, determinando-se nova apreciação do caso pelo árbitro singular. A anulação foi mantida pelo Tribunal Federal suíço, em 17.04.1990.

Em 10.04.1992, uma nova sentença arbitral foi proferida na Suíça, dessa vez condenando a OTV. Em 25.02.1993, essa nova sentença arbitral foi reconhecida pelo Presidente do Tribunal de *Grande Instance* de Nanterre, na França.

Ocorre que, na França, em 27.02.1990, a requerimento da OTV, a primeira sentença arbitral anulada já havia sido reconhecida pelo Presidente de Grande Instância de Paris, cuja decisão foi confirmada pela Corte de Apelação de Paris, em 19.12.1991, por meio de aplicação do art. VII, n. 1, da CNI em conjunto com o art. 1.502 do CPC francês então vigente. A Hilmarton recorreu à Corte de Cassação de Paris.

Em 23.03.1994, a Corte de Cassação de Paris confirmou o reconhecimento da primeira sentença arbitral anulada, destacando a aplicação do art. VII, n. 1, da CNI. Confirmou-se, ainda, que a sentença arbitral proferida na Suíça se tratava de uma sentença

internacional, que integrava a ordem jurídica daquele país. Ou seja, aplicou a Corte de Cassação a teoria francesa da deslocalização²¹⁰.

Na ocasião, a Corte de Cassação assim se pronunciou:

“É a justo título que a decisão atacada decidiu que, em aplicação do art. VII da Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, a sociedade OTV tinha direito de invocar as regras francesas relativas ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais proferidas no exterior em matéria de arbitragem internacional e principalmente o art. 1.502 do CPC, que não contém, entre os casos de recusa de reconhecimento e execução, o caso previsto no art. V da referida Convenção. ... A sentença proferida na Suíça era uma sentença internacional que não estava integrada à ordem jurídica desse país, de sorte que a sua existência continua estabelecida apesar de sua anulação e que seu reconhecimento na França não era contrário à ordem pública internacional” (tradução por GUSTAVO SCHEFFER)²¹¹.

A situação se complicou bastante quando, em 29.06.1995, a Corte de Apelação de Versalhes confirmou não apenas a decisão do Tribunal Federal Suíço que anulou a primeira sentença arbitral, como reconheceu a segunda sentença arbitral, fazendo com que coexistissem na França duas sentenças arbitrais totalmente incompatíveis²¹².

A Corte de Cassação de Paris resolveu o assunto em 10.06.1997, afirmando, com base na autoridade da coisa julgada, que somente a primeira sentença arbitral (anulada) podia ter validade na França²¹³, pois: *“a existência de uma decisão francesa irrevogável portando sobre o mesmo objeto, entre as mesmas partes, fazia obstáculo ao*

²¹⁰ FRANCE No. 23, Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorisation - OTV, Cour de Cassation [Supreme Court], 23 March 1994. Yearbook Commercial Arbitration 1995, Vol. XX. The Hague: Kluwer, 1995 – *“Further, the lower decision correctly held that, applying Art. VII of the [1958 New York Convention], OTV could rely upon the French law on international arbitration concerning the recognition and enforcement of international arbitration awards rendered abroad, and especially upon Art. 1502 NCCP, which does not list the ground provided for in Art. V of the 1958 Convention among the grounds for refusal of recognition and enforcement. Lastly, the award rendered in Switzerland is an international award which is not integrated in the legal system of that State, so that it remains in existence even if set aside and its recognition in France is not contrary to international public policy”*.

²¹¹ SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. VII, n. 26, 2010, p. 42.

²¹² FRANCE No. 24, Omnium de Traitement et de Valorisation – OTV v. Hilmarton, Cour d’Appel [Court of Appeal], Versailles, 315 ; 316, 29 June 1995. Yearbook Commercial Arbitration 1996, Vol. XXI. The Hague: Kluwer, 1996.

²¹³ FRANCE No. 27, Omnium de Traitement et de Valorisation – OTV v. Hilmarton, Cour de Cassation [Supreme Court], 10 June 1997, Yearbook Commercial Arbitration 1997, Vol. XXII. The Hague: Kluwer, 1997 – *“In deciding in this way, while the existence of a final French decision “bearing” on the same subject between the same parties creates an obstacle to any recognition in France of court decisions or arbitral awards rendered abroad which are incompatible with it, the Court of Appeal violated the above- mentioned [Art. 1351 Civil Code]”*.

reconhecimento na França de qualquer outra decisão judiciária ou arbitral proferida no exterior incompatível com ela” (tradução por GUSTAVO SCHEFFER)²¹⁴.

3.1.4. Bechtel vs. DAC.

Na mesma linha dos julgados antes mencionados, está a decisão proferida pela Corte de Apelação de Paris, em 29.09.2005, no CASO BECHTEL. A sociedade norte-americana BECHTEL iniciou arbitragem, com sede em Dubai, nos Emirados Árabes, contra a DIREÇÃO GERAL DE AVIAÇÃO CIVIL DO EMIRADO DE DUBAI (“DAC”), resultando em sentença arbitral proferida por árbitro singular em favor da BECHTEL.

A DAC logrou anular a sentença arbitral perante a Corte de Cassação de Dubai, em 15.05.2004, sob o fundamento de que teria havido a oitiva de testemunhas sem que estas tivessem prestado juramento, na forma prescrita na lei de Dubai.

Por sua vez, a BECHTEL buscou e obteve o reconhecimento da sentença arbitral junto ao Tribunal de Grande Instância de Paris, em 21.10.2003, por decisão contra a qual a DAC interpôs recurso à Corte de Apelações²¹⁵. A DAC sustentou, em seu recurso, que a decisão proferida pela Corte de Dubai deveria ser plenamente reconhecida, o que, logo, tornava inviável o reconhecimento da sentença arbitral na França.

Argumentou a DAC que a sentença arbitral não cumpriria todos os requisitos enumerados em tratado celebrado entre a França e os Emirados Árabes, de 09.09.1991, relativo à cooperação judicial, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial.

Em especial o art. 13, n. 1, “c”, desse tratado, que estabelecia, segundo alegou a DAC, que a decisão da Corte de Dubai era de instância única e que, portanto, tratava-se de decisão definitiva.

²¹⁴ SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os efeitos da sentença arbitral anulada ... [2010], p. 42.

²¹⁵ O reconhecimento também foi perseguido nos Estados Unidos, onde, todavia, foi recusado: US No. 517, International Bechtel Company Limited v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai, United States District Court, District of Columbia, 8 March 2005. Yearbook Commercial Arbitration 2005, Vol. XXX. The Hague: Kluwer, 2005.

Em 29.09.2005, a Corte de Apelação Paris assim decidiu²¹⁶:

“... a exigência reivindicada pela DAC de esgotar todos os recursos legais no país de origem [da sentença arbitral] antes de lhe outorgar o reconhecimento e a execução na França é incompatível com os princípios fundamentais da arbitragem [na França], tal como preveem os arts. 1.498 e seguintes do CPC, os quais visam à eliminação dos obstáculos na circulação internacional das sentenças arbitrais ao não considerar a anulação da sentença arbitral em seu Estado de origem como um motivo para o indeferimento do exequatur” (tradução por MANTILLA-SERRANO)²¹⁷.

A título adicional, a Corte de Apelação de Paris também afirmou que *“as decisões judiciais proferidas como resultado de um procedimento de anulação de uma sentença arbitral, a exemplo daquelas relativas ao exequatur, não produzem efeitos internacionais já que essas decisões somente se referem a um poder soberano concreto e ao território onde este se exerce”*²¹⁸ (tradução por MANTILLA-SERRANO)²¹⁹.

3.1.5. Putrabali vs. Rena.

Aqueles que imaginavam que o “problema das duas sentenças arbitrais” no CASO HILMARTON se tratava de ponto fora da curva e não se repetiria foram desmentidos pelo CASO PUTRABALI. O litígio decorreu de naufrágio de mercadorias vendidas pela sociedade indonesiana PUTRABALI à sociedade francesa EST EPICES, cuja denominação, depois, passou a ser RENA HOLDING, resultando na recusa de pagamento do preço acordado pelo comprador.

²¹⁶ FRANCE No. 36, Directorate General of Civil Aviation of the Emirate of Dubai v. International Bechtel Co. Limited Liability Company (Panama), Cour d'appel [Court of Appeal], Paris, 29 September 2005. Yearbook Commercial Arbitration 2006, Vol. XXXI. The Hague: Kluwer, 2006 – “The DCA's claim that [all] means of recourse in the country of origin must have been exhausted before enforcement of the award can be granted in France is incompatible with the fundamental principles of arbitration [upheld] in France, as expressed in Arts.1498 et seq. of the New Code of Civil Procedure, which seek to eliminate obstacles to the international circulation of awards by not making the annulment of the award in the country of origin a ground for refusing enforcement. These principles are obviously not at issue in the bilateral Treaty of 9 September 1991, which was also concluded with the aim of encouraging the enforcement of decisions in both States, particularly in light of the fact that the United Arab Emirates have not adhered to the [1958 New York Convention], which reserves [the right to apply] the more favorable French law allowing for enforcement of an award annulled in the State of the seat [of the arbitration]”.

²¹⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. Algumas notas sobre a execução de sentenças ... [2009], p. 95.

²¹⁸ “Since the existence of a treaty for judicial assistance between the two States is thus irrelevant as far as the decision of 15 May 2004 – of which the enforcement court does not need to take cognizance – is concerned, we should now examine the objections raised by the DCA against the award of [the sole arbitrator] independent of its annulment in Dubai. As mentioned above, this is not a requirement under the Treaty between France and the United Arab Emirates of 9 September 1991”.

²¹⁹ MANTILLA-SERRANO, Fernando. Algumas notas sobre a execução de sentenças ... [2009], p. 95.

Conforme a cláusula arbitral, PUTRABALI deu início a procedimento arbitral com sede em Londres, resultando em uma primeira sentença arbitral, datada de 10.04.2001, dando razão ao comprador.

Tal sentença arbitral foi anulada pela Alta Corte de Londres, em 19.05.2003, com o reenvio do litígio à via arbitral. Uma segunda sentença arbitral, contrária à primeira, assim, foi proferida em 21.10.2003, dessa vez com a condenação do comprador.

As duas sentenças arbitrais foram apresentadas para reconhecimento na França. A primeira sentença arbitral recebeu o *exequatur*, independentemente de sua anulação no país da sede da arbitragem.

A segunda sentença arbitral, igualmente, recebeu o *exequatur* pelo Tribunal de Grande Instância, porém, a decisão foi reformada pela Corte de Apelação de Paris, em 17.11.2005.

PUTRABALI interpôs, então, dois recursos: (I) o primeiro contra o *exequatur* à primeira sentença arbitral, anulada na Inglaterra, e (II) o segundo contra a decisão que anulou o *exequatur* à segunda sentença arbitral.

Ambos os recursos tiveram provimento negado pela Corte de Cassação, em 29.06.2007²²⁰, sob o argumento de que:

*“... a sentença arbitral internacional, que não é integrada a nenhuma ordem jurídica estatal, é uma decisão de justiça internacional e tem a sua regularidade examinada em vista das regras aplicáveis nos países onde o seu reconhecimento e a sua execução são requeridos (tradução por GUSTAVO SCHEFFER)”*²²¹.

²²⁰ FRANCE No. 42, PT Putrabali Adyamulia (Indonesia) v. Rena Holding, et al., Cour de Cassation [Supreme Court], First Civil Chamber, 29 June 2007. Yearbook Commercial Arbitration 2007, Vol. XXXII. The Hague: Kluwer, 2007 – “An international arbitral award, which is not anchored in any national legal order, is a decision of international justice whose validity must be ascertained with regard to the rules applicable in the country where its recognition and enforcement are sought. Under Art. VII of the [1958 New York Convention], Rena Holding was allowed to seek enforcement in France of the award rendered in London on 10 April 2001 in accordance with the arbitration agreement and the IGPA rules and could invoke the French rules on international arbitration, which do not provide that the annulment of an award in the country of origin is a ground for refusing recognition and enforcement of an award rendered in a foreign country”.

²²¹ SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os efeitos da sentença arbitral anulada ... [2010], p. 44.

Nesse sentido, a Corte de Cassação permitiu que a sentença arbitral anulada produzisse todos os seus efeitos na França. Por outro lado, quanto à recusa de *exequatur* à segunda sentença arbitral, a Corte de Cassação anunciou que:

“... a autoridade da coisa julgada da decisão de 31 de março de 2005, a qual tinha declarado o direito da sociedade Rena Holding de obter a execução na França da sentença arbitral de 10 de abril de 2001, fazia obstáculo ao exequatur da sentença arbitral de 21 de agosto de 2003, inconciliável com a primeira” (tradução por GUSTAVO SCHEFFER)²²².

3.1.6. Impressões sobre a jurisprudência francesa.

À luz dos julgados acima, vê-se que a jurisprudência francesa aceita reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras que satisfaçam as exigências do CPC francês, não obstante anulação por corte estatal do país da sede da arbitragem.

Tais reconhecimentos, diferentemente do que possa se pensar, não violam a CNI. Pelo contrário, são deferidos justamente com fulcro na permissão conferida pelo art. VII, n. 1, dessa Convenção (princípio da máxima eficácia), haja vista que o CPC francês (tanto antes, quanto após a sua reforma, em 2011) não contempla a anulação na sede arbitral como fundamento de recusa de reconhecimento à sentença arbitral.

A concepção francesa é assim sumarizada por GEORGE BERMANN:

“Porém, a França dá um passo além, pois lá a anulação de uma sentença na sede arbitral simplesmente não constitui base suficiente para a recusa de seu reconhecimento e execução – como se o art. V(1)(e) simplesmente não existisse. Tal fato, todavia, não deve causar surpresa. O sistema jurídico francês, como já visto, faz uso do art. VII da Convenção, permitindo às partes que se fundamentem em lei doméstica mais favorável do que a Convenção, com vistas ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. De acordo com a concepção francesa, conforme já descrito pela Corte Suprema Francesa, ‘a sentença arbitral internacional, que não é integrada a nenhuma ordem jurídica estatal, é uma decisão de justiça internacional e tem a sua regularidade examinada em vista das regras aplicáveis nos países onde o seu reconhecimento e a sua execução são requeridos. De fato, tendo em vista que a anulação de uma sentença na sede arbitral não se trata de fundamento de recusa à luz da lei francesa, as cortes francesas não têm

²²² SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os efeitos da sentença arbitral anulada ... [2010], p. 44.

por que suspender processos de reconhecimento até o resultado definitivo de ações anulatórias perante os tribunais das sedes arbitrais, conforme prevê o art. VI da CNI” (tradução livre)²²³.

Essa total abstração da anulação resulta da concepção radical francesa de que a arbitragem é autônoma vis-à-vis da ordem jurídica do país da sede da arbitragem²²⁴, construção teórica desenvolvida ao longo dos casos acima relatados, cujo ápice ocorreu no julgamento do CASO PUTRABALI, pela Corte de Cassação francesa, ao afirmar que:

“a sentença arbitral internacional, que não é integrada a nenhuma ordem jurídica estatal, é uma decisão de justiça internacional e tem a sua regularidade examinada em vista das regras aplicáveis nos países onde o seu reconhecimento e a sua execução são requeridos (tradução por GUSTAVO SCHEFFER)²²⁵.

A solução francesa, por focar na patologia, tem a virtude de eliminar por inteiro o risco de que uma sentença arbitral indevidamente anulada na origem seja privada da produção de efeitos internacionais.

O custo desse radicalismo, porém – principalmente quando a anulação estatal não declara ser inviável, no caso, a via arbitral –, está em estimular verdadeira “corrida” para ver qual *exequatur* será obtido em primeiro lugar, o que muito provavelmente se dará em relação à primeira sentença arbitral, não obstante esta venha a ser substituída por segunda sentença arbitral.

²²³ BERMANN, George. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts. In: BERMANN, George A (org.). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of The New York Convention by National Courts. Springer, 2017, p. 53/54 – “*But France goes further, for there the annulment of an award in the arbitral seat is simply not a sufficient basis of refusing recognition or enforcement of the award – as if Article V(1)(e) were simply not available as a basis for refusal. This should not, however, occasion surprise. The French system, as noted earlier, makes comprehensive use of Article VII of the Convention, entitling parties to rely upon domestic law means for enforcing foreign arbitral awards that are more favorable to enforcement than the Convention. Under the French conception, as described by the French Supreme Court, ‘international arbitral awards, which are not anchored in the legal order of any given State, are international judgment whose regularity is examined only in light of the norms applicable in the country where their recognition is sought. Indeed, since annulment of an award in the place of arbitration is not a ground under French law for denying recognition or enforcement of that award, French courts have no basis for suspending enforcement procedures to await the outcome of an annulment action in the courts of the arbitral seat, as provided for by Article VI of the New York Convention’.*”

²²⁴ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional (tradução por Natália Mizrahi Lamas). São Paulo: Atlas, 2014, p. 123 – “*É precisamente porque a arbitragem é autônoma vis-à-vis da ordem jurídica do país da sede que uma sentença arbitral, a despeito de anulada na sede, pode ser reconhecida no local de execução*”.

²²⁵ SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os efeitos da sentença arbitral anulada ... [2010], p. 44.

Tal resultado, na visão deste autor, acarreta a desclassificação da competência do tribunal arbitral ou do árbitro, na medida em que nega vigência à sentença arbitral proferida em definitivo (segunda sentença arbitral), independentemente de, no curso do procedimento arbitral, ter havido uma recondução do caso pelas cortes estatais da sede, anulando a sentença arbitral para que os árbitros apliquem a lei material escolhida pelas partes, ou autorizem que as partes produzam determinadas provas etc²²⁶.

3.2. Territorialismo norte-americano, relativizado em casos excepcionais.

3.2.1. Chromalloy vs. República do Egito.

O famoso CASO CHROMALLOY é um dos julgados mais comentados sobre o tema tratado neste trabalho. Trata-se da primeira vez em que um tribunal norte-americano teve a oportunidade de apreciar pedido de reconhecimento envolvendo sentença arbitral que havia sido anulada no país da sede da arbitragem²²⁷.

A sociedade norte-americana CHROMALLOY havia celebrado contrato com as FORÇAS AÉREAS DO GOVERNO DO EGITO, pelo qual se obrigou a providenciar peças, manutenção e reparo nos helicópteros da força aérea egípcia, o qual foi rescindido pelo EGITO, sob a alegação de descumprimento de prazos pela CHROMALLOY.

Com base na cláusula arbitral prevista no contrato, a CHROMALLOY deu início a procedimento arbitral, com sede no Cairo, resultando na prolação de sentença arbitral, em 24.08.1994, condenando o EGITO ao pagamento de indenizações.

²²⁶ Em sentido análogo: BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil. Renovar: Rio de Janeiro, 2010, p. 168 – “*Porém, na França, ao que tudo indica, trata-se de uma mera corrida para ver qual exequatur é obtido em primeiro lugar, o que muito provavelmente se dará com relação ao 1º laudo, já que proferido antes do 2º. Será que essa solução é a que atende aos interesses do comércio internacional? Não me parece ser o caso*”.

²²⁷ US No. 230, Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt, United States District Court, District of Columbia, Civil No 94-2339 (JLG), 31 July 1996. Yearbook Commercial Arbitration 1997, Vol. XXII. The Hague: Kluwer, 1997 – “*As the Court stated earlier, this is a case of first impression. There are no reported cases in which a court of the United States has faced a situation, under the Convention, in which the court of a foreign nation has nullified an otherwise valid arbitral award. This does not mean, however, that the Court is without guidance in this case*”.

Em 28.10.1994, a CHROMALLOY pleiteou o reconhecimento da sentença arbitral perante a Corte Distrital de Colúmbia, nos Estados Unidos²²⁸, enquanto o EGITO buscou, em 13.11.1994, a anulação da sentença arbitral junto à Corte de Apelação Egípcia, que, em um primeiro momento, suspendeu a sentença arbitral, anulando-a, posteriormente, por decisão proferida em 05.12.1995, sob o argumento de que o tribunal arbitral não teria aplicado a lei material escolhida pelas partes.

Segundo a decisão anulatória, quando as partes estipularam que a causa deveria ser julgada pela lei material egípcia, o direito administrativo egípcio deveria ter sido aplicado pelo tribunal arbitral, e não o direito civil egípcio.

Em 31.07.1996, a Corte Distrital de Colúmbia deferiu o reconhecimento. Depois de entender que tinha jurisdição para decidir ações contra Estado estrangeiro, com base em seu *Foreign Sovereign Immunities Act*, a referida Corte passou à análise do disposto no art. V, n. 1, da CNI, concluindo que tal dispositivo permite, porém não obriga, que o *exequatur* seja recusado pelo tribunal de reconhecimento²²⁹.

Em seguida, aplicando o art. VII, n. 1, da CNI, isto é, com base no direito da parte de se valer de direito nacional mais favorável do que a CNI, a Corte Distrital avaliou que as hipóteses de anulação no *Federal Arbitration Act* são bastante restritas²³⁰, cingindo-se a casos em que a sentença arbitral tenha sido proferida mediante corrupção, fraude, meios ilegais, parcialidade e corrupção dos árbitros, violação do direito de produzir prova ou excesso de poderes pelos árbitros, além do “*manifest disregard of the law*”.

A Corte Distrital concluiu que nenhuma dessas hipóteses se fazia presente no caso, de modo que o reconhecimento poderia ser deferido com base no direito interno mais favorável.

²²⁸ O reconhecimento também foi pleiteado na França, onde foi deferido: France No. 26, The Arab Republic of Egypt v. Chromalloy Aeroservices, Inc. Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 14 January 1997. Yearbook Commercial Arbitration 1997, Vol. XXII. The Hague: Kluwer, 1997.

²²⁹ “While Art. V provides a discretionary standard, Art. VII of the Convention requires that, ‘The provisions of the present Convention shall not... deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law ... of the count[r]y where such award is sought to be relied upon. In other words, under the Convention, Chromalloy maintains all rights to the enforcement of this Arbitral Award that it would have in the absence of the Convention’.”

²³⁰ A Federal Arbitration Act norte-americana, em vigor desde 1926, corresponde ao Título 9 do *The Code of Laws of The United States of America*, no qual se encontram oficialmente compiladas e codificadas todas as leis federais (“*federal statutes*”) de caráter geral e permanentes dos Estados Unidos.

A forma pela qual a Corte Distrital de Colúmbia aplicou o art. VII, n. 1, da CNI é criticada por parte da doutrina²³¹. Isso porque, em regra, cada país possui normas regendo a anulação de sentenças arbitrais proferidas em seu território, e regras regendo o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

O ideal é que tais condições sejam coincidentes, como prevê a Lei Modelo da UNCITRAL, porém, não é sempre o caso. Dessa forma, quando o Estado receptor de uma sentença arbitral é convidado pelo art. VII, n. 1, da CNI a comparar sua lei interna mais benéfica com as disposições da CNI, deve se valer de suas regras a respeito do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, e não daquelas sobre anulação dentro de seu território, justamente o que fez a Corte Distrital no CASO CHROMALLOY.

A Corte Distrital afirmou, ainda, que o fundamento da decisão judicial anulatória egípcia (isto é, que os árbitros não teriam aplicado a lei material eleita pelas partes) expunha uma desconfiança do tribunal egípcio com a lisura da arbitragem, o que não pode ser levado em consideração pelos tribunais norte-americanos quando da análise de uma sentença arbitral²³².

E, também, avaliou a Corte que as partes haviam renunciado à possibilidade de recurso judicial em face da sentença arbitral, de modo que não seria possível ação de anulação junto ao Poder Judiciário Egípcio²³³.

²³¹ Nesse sentido: BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil. *Renovar*: Rio de Janeiro, 2010, p. 168 – “A interpretação do artigo VII.1 da Corte do Distrito de Colúmbia foi equivocada”. Em sentido contrário: RIVKIN, David W. The enforcement of awards nullified in the country of origin: the American experience. In: VAN DEN BERG, Albert Jan. Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention. ICCA Congress Series, Vol. 9. The Hague: Kluwer, 1999, p. 537 – “Regarding the legal correctness of the Court's decision in Chromalloy as opposed to the question of whether the result is desirable from a policy perspective (which I discuss in Section V, below), there are two principal issues: (1) was the Court correct in its finding that US law provided Chromalloy with a ‘more favorable right’ to enforcement than the New York Convention? and (2) was the Court correct in its decision to deny res judicata effect to the decision of the Egyptian Court of Appeal nullifying the arbitral award? I believe the correct answer to both questions is in the affirmative”.

²³² “In the United States, [W]e are well past the time when judicial suspicion of the desirability of arbitration and of the competence of arbitral tribunals inhibited the development of arbitration as an alternative means of dispute resolution” ... “[T]he Arbitral Award is null under Arbitration Law, ... because it is not properly ‘grounded’ under Egyptian law”, reflects this suspicious view of arbitration, and is precisely the type of technical argument that US courts are not to entertain when reviewing an arbitral award”.

²³³ “The decision of the said court shall be final and binding and cannot be made subject to any appeal or other recourse”.

Por fim, a Corte Distrital concluiu que: (I) conferir validade à decisão judicial anulatória violaria a ordem pública norte-americana, eis que “*é inequívoca a ordem pública dos Estados Unidos em favor do efeito vinculativo da arbitragem comercial*” (tradução livre)²³⁴; assim como (II) não estava obrigada a atribuir força de coisa julgada (*res judicata*) à decisão anulatória²³⁵.

3.2.2. Baker Marine vs. Danos & Chevron.

O resultado do CASO CHROMALLOY não foi seguido nos julgados seguintes sobre o mesmo problema. Menos de três anos após, a Corte de Apelação do Segundo Circuito negou reconhecimento a uma sentença arbitral estrangeira anulada no país de origem, no Caso BAKER MARINE. As sociedades BAKER MARINE e DANOS haviam celebrado um contrato com a CHEVRON para prestação de serviços de embarcações relacionados às atividades da CHEVRON na indústria de gás e petróleo na Nigéria.

Com o surgimento de disputas, dois procedimentos arbitrais foram instaurados com sede na Nigéria, de acordo com as regras procedimentais da UNCITRAL, e sob aplicação da lei material nigeriana. Como resultado, duas sentenças arbitrais foram proferidas no início de 1996: uma condenando a DANOS a pagar indenização à BAKER MARINE, e outra condenando a CHEVRON a pagar indenização à BAKER MARINE.

Ato contínuo, a BAKER MARINE buscou a execução das sentenças arbitrais perante a Alta Corte Federal Nigeriana, ao passo que a DANOS e a CHEVRON pleitearam, junto à mesma Corte, a anulação das duas sentenças arbitrais.

²³⁴ “The US public policy in favor of final and binding arbitration of commercial disputes is unmistakable, and supported by treaty, by statute, and by case law. The Federal Arbitration Act ‘and the implementation of the Convention in the same year by amendment of the Federal Arbitration Act’, demonstrate that there is an ‘emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution’, particularly ‘in the field of international commerce’” ... “No nation is under an unremitting obligation to enforce foreign interests which are fundamentally prejudicial to those of the domestic forum”.

²³⁵ “... in the present case, the question is whether the Court should give *res judicata* effect to the decision of the Egyptian Court of Appeal, not whether that court properly decided the matter under Egyptian law. Since the ‘act of state doctrine’, as a whole, does not require US courts to defer to a foreign sovereign on these facts, comity which is but one of several ‘policies’ that underlie the act of state ‘doctrine’, does not require such deference either”.

Por decisões de novembro de 1996 e maio de 1997, as sentenças arbitrais foram, ambas, anuladas: (I) a proferida em desfavor da DANOS sob o argumento de que as provas dos autos não davam respaldo à conclusão alcançada pela sentença arbitral; e (II) a proferida em desfavor da CHEVRON sob o argumento de que a condenação se baseara, indevidamente, em danos punitivos (“*punitive damages*”), entre outros motivos.

Em agosto de 1997, a BAKER MARINE requereu o reconhecimento das sentenças arbitrais nos Estados Unidos, junto à Corte Distrital de Nova Iorque, a qual negou o pedido, arguindo o princípio da *comity* – respeito à decisão judicial de outro Estado soberano –, no sentido de que não era adequado reconhecer sentenças arbitrais anuladas na Nigéria.

A BAKER MARINE, então, recorreu da decisão, alegando que a Corte Distrital havia negado validade ao art. VII, n. 1, da CNI, na medida em que as sentenças arbitrais teriam sido anuladas na Nigéria por motivos que não seriam suficientes para a anulação nos Estados Unidos (basicamente, o que foi decidido no CASO CHROMALLOY).

Em 12.08.1999, a Corte de Apelação do Segundo Circuito manteve a decisão da Corte Distrital, argumentando que a BAKER MARINE (I) não tinha direito de invocar regra mais favorável do *Federal Arbitration Act* norte-americano, quando as partes elegeram a lei material nigeriana para dirimir suas disputas, e (II) não havia demonstrado adequada motivação para se negar validade à decisão anulatória nigeriana²³⁶:

“Baker Marine sustenta que a decisão da Corte Distrital negou efeito ao art. VII, n. 1, da CNI ... Deve ser rejeitado o argumento da Baker Marine. Basta se verificar que as partes celebraram contrato na Nigéria prevendo que suas disputas seriam dirimidas por arbitragem sob a lei da Nigéria. Os negócios jurídicos entabulados não fazem qualquer referência à lei americana. Nada sugere que as partes tenham desejado que a lei doméstica americana fosse aplicável na resolução de suas disputas ... Além disso, na prática, a aplicação da lei de arbitragem doméstica a sentenças

²³⁶ Baker Marine (Nig.) v. Chevron (Nig.) Ltd., Chevron Corp., Inc. and others, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 12 August 1999. ASA Bulletin, Vol. 17, N. 4. The Hague: Kluwer, 1999 – “It is sufficient answer that the parties contracted in Nigeria that their disputes would be arbitrated under the laws of Nigeria. The governing agreements make no reference whatever to United States law. Nothing suggests that the parties intended United States domestic arbitral law to govern their disputes. The ‘primary purpose’ of the FAA is ‘ensuring that private agreements to arbitrate are enforced according to their terms’” ... “Furthermore, Baker Marine has made no contention that the Nigerian courts acted contrary to Nigerian law”.

arbitrais estrangeiras enfraqueceria seriamente os fins da CNI, e proporcionaria julgamentos conflitantes” (tradução livre)²³⁷.

Ocorreu, portanto, uma alteração de entendimento em comparação com o CASO CHROMALLOY, pois, neste último, a Corte Distrital de Colúmbia havia decidido ser possível a aplicação do art. VII, n. 1, da CNI em conjugação com os motivos previstos no *Federal Arbitration Act* para anulação de sentenças arbitrais.

Efetuada uma comparação com o CASO CHROMALLOY, a Corte de Apelação entendeu por diferenciá-los, já que, no CASO CHROMALLOY, havia cláusula expressa de que as partes não recorreriam da sentença arbitral, a qual havia sido violada pelo EGITO ao pretender a anulação da sentença arbitral.

Com efeito, a Corte de Apelação entendeu que, ao não se ter acordado de forma expressa uma renúncia ao direito de contestar a sentença arbitral, as partes deveriam se submeter às consequências de terem escolhido a Nigéria como sede arbitral, incluindo-se a possibilidade de um tribunal nigeriano efetuar o controle de legalidade primário das sentenças arbitrais²³⁸.

Outra diferença apontada é que a BAKER MARINE não é uma sociedade norte-americana, e não buscou, desde logo, o reconhecimento das sentenças arbitrais nos Estados Unidos²³⁹.

²³⁷ Baker Marine (Nig.) v. Chevron (Nig.) Ltd., Chevron Corp., Inc. and others, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 12 August 1999. ASA Bulletin, Vol. 17, N. 4. The Hague: Kluwer, 1999 – “It is sufficient answer that the parties contracted in Nigeria that their disputes would be arbitrated under the laws of Nigeria. The governing agreements make no reference whatever to United States law. Nothing suggests that the parties intended United States domestic arbitral law to govern their disputes. The ‘primary purpose’ of the FAA is ‘ensuring that private agreements to arbitrate are enforced according to their terms’” ... “Furthermore, Baker Marine has made no contention that the Nigerian courts acted contrary to Nigerian law”.

²³⁸ MANTILLA-SERRANO, Fernando. Algumas notas sobre a execução de sentenças ... [2009], p. 97.

²³⁹ “This case is unlike in re Chromalloy ... on which Baker Marine relies. In that case, the government of Egypt had entered a contract with an American company agreeing that disputes would be submitted to arbitration and that the decision of the arbitrator could not ‘be made subject to any appeal or other recourse’. After the arbitrator entered an award in favour of the American company, the American company applied to the United States courts for confirmation of the award, and the Egyptian government appealed to its own courts, which set aside the award. The district court concluded that Egypt was seeking ‘to repudiate its solemn promise to abide by the results of the arbitration’, and that recognising the Egyptian judgement would be contrary to the United States policy favouring arbitration. Unlike the petitioner in Chromalloy, Baker Marine is not a United States citizen, and it did not initially seek confirmation of the award in the United States. Furthermore, Chevron and Danos did not violate any promise in appealing the arbitration award within Nigeria. Recognition of the Nigerian judgement in this case does not conflict with United States public policy”.

3.2.3. Spier vs. Tecnica.

O mesmo entendimento do Caso BAKER MARINE foi aplicado no Caso SPIER²⁴⁰. MARTIN SPIER, engenheiro norte-americano, e a sociedade italiana TECNICA celebraram contrato pelo qual SPIER deveria fornecer à TECNICA certa tecnologia para a produção de tênis e botas de esqui, o qual conteve cláusula arbitral com sede na Itália.

Encerrado o contrato, SPIER instaurou procedimento arbitral pleiteando indenização pela utilização de seu *know-how* pela TECNICA após o período contratual, resultando na prolação de sentença arbitral condenando a TECNICA ao pagamento de indenização.

A TECNICA ajuizou ação, na Itália, visando a anular a sentença arbitral, enquanto SPIER, em 23.06.1986, buscou seu reconhecimento nos Estados Unidos. A pedido da TECNICA, a Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque determinou a suspensão do processo de reconhecimento, com base no art. VI da CNI, sob o argumento de que, caso viesse a ser declarada nula na Itália, a sentença arbitral não poderia ser reconhecida nos Estados Unidos, em razão do art. V, “e”, da CNI.

A referida Corte Distrital também afirmou que apenas não aceitaria a suspensão se a ação de anulação na Itália parecesse completamente frívola, o que não parecia ser o caso.

Mais tarde, o Tribunal de Treviso, por decisão mantida pela Corte de Apelação de Veneza e pela Suprema Corte de Cassação italiana, declarou nula a sentença arbitral, sob o fundamento de que houve excesso de poderes pelos árbitros, na medida em que a condenação não teria se baseado em obrigação contratual, nem em obrigação de pagar *royalties*, e sim em obrigação fora do contrato, de modo que o tribunal arbitral não tinha poderes para determinar “*uma certa espécie de ‘bônus por longo tempo de serviço’ ao*

²⁴⁰ US No. 325, Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA, United States District Court, Southern District of New York, 22 October 1999 and 29 November 1999. Yearbook Commercial Arbitration 2000, Vol. XXV. The Hague: Kluwer, 2000.

Sr. SPIER, completamente desconexo das obrigações contratuais e da relação contratual mantida entres as partes”²⁴¹.

Depois de anulada a sentença arbitral, em 22.10.1999, a Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque analisou o pedido de reconhecimento, entendendo que os tribunais italianos haviam agido corretamente ao anular a sentença arbitral. A Corte afirmou que dois regimes muito distintos são aplicados no controle de legalidade de uma sentença arbitral, a depender de tal controle ocorrer no país da sede da arbitragem (“controle primário”), ou no país de reconhecimento (“controle secundário”)²⁴².

Basicamente, a Corte Distrital recusou o reconhecimento em razão do disposto no art. V, n. 1, “e”, da CNI, citando que SPIER não havia demonstrado adequada motivação para se negar validade à decisão anulatória italiana²⁴³.

Também aqui, a Corte Distrital diferenciou o CASO SPIER do CASO CHROMALLOY: apesar de assumir que haveria superficial identidade entre os casos, já que SPIER é norte-americano, tal como é a CHROMALLOY, a Corte Distrital concluiu que não se fazia presente, no CASO SPIER, a “obrigação de não recorrer” presente na cláusula arbitral do CASO CHROMALLOY²⁴⁴.

Ainda, tal como ocorrera no CASO BAKER MARINE, a Corte Distrital entendeu que não era cabível ao Sr. SPIER invocar regra mais favorável prevista no *Federal Arbitration Act* norte-americano, com fulcro no art. VII, n. 1, da CNI, uma vez que a cláusula arbitral entre as partes não fazia referência à aplicação da lei material norte-americana, nem havia

²⁴¹ “The Treviso Tribunal nullified the resulting award because it was not within the arbitrators powers to determine the existence of, as well as the compensation for, a sort of long service bonus for Mr. Spier, [a] long service bonus completely unrelated to both the contractual obligations and the contractual relationship between the parties”.

²⁴² “In sum, we conclude that the Convention mandates very different regimes for the review of arbitral awards (1) in the state in which, or under the law of which, the award was made, and (2) in other states where recognition and enforcement are sought. The Convention specifically contemplates that the state in which, or under the law of which, the award is made, will be free to set aside or modify an award in accordance with its domestic arbitral law and its full panoply of express and implied grounds for relief. See Convention Art. V(1) (e). However, the Convention is equally clear that when an action for enforcement is brought in a foreign state, the state may refuse to enforce the award only on the grounds explicitly set forth in Art. V of the Convention”.

²⁴³ “Spier’s reference to the permissive ‘may’ in Art. V(1) of the Convention does not assist him since, as in *Baker Marine*, Spier has shown no adequate reason for refusing to recognize the judgments of the Italian courts”.

²⁴⁴ “In some respects *Chromalloy* bears a superficial resemblance to the case at bar, since Spier is a United States citizen and seeks confirmation of the award in the United States. But I read this footnote in *Baker Marine* to identify as the decisive circumstance Egypt’s repudiation of its contractual promise not to appeal an arbitral award. Only that circumstance is singled out as violating American public policy articulated in the FAA, thereby justifying the district court’s enforcement of the Egyptian award”.

nada apontando que as partes teriam acordado que suas disputas seriam dirimidas pelo direito norte-americano²⁴⁵.

3.2.4. Bechtel vs. DAC.

Os fatos dos quais se originou o CASO BECHTEL estão descritos no item 3.1.4 do presente trabalho.

Além de buscar e obter, na França, o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada em Dubai, a BECHTEL adotou a mesma providência perante os Estados Unidos.

Apesar do “excêntrico” fundamento utilizado para a anulação da sentença arbitral (as testemunhas não haviam prestado certo juramento conforme a lei local de Dubai), em 08.03.2005, a Corte Distrital do Distrito de Columbia decidiu pelo indeferimento ao reconhecimento²⁴⁶.

A Corte Distrital entendeu que a BECHTEL não havia impugnado a competência do tribunal de Dubai para anular a sentença arbitral, assim como não suscitou que o julgamento anulatório teria sido eivado de fraude ou vícios. A Bechtel havia arguido que o fundamento que levou à anulação da sentença arbitral em Dubai era “*repugnante a noções fundamentais do que é decente e justo*”²⁴⁷.

²⁴⁵ “Nor may Spier introduce domestic United States law, statutory or decisional, into the case at bar through the vehicle of Art. VII of the Convention. Baker Marine precludes that effort. There is no basis for applying American law to the rights and obligations of the parties, including dispute resolution by arbitration. Just as did the parties in Baker Marine, Spier and Tecnica contracted in a foreign state that their disputes would be arbitrated in that foreign state; the governing agreements make no reference to United States law; and nothing suggests that the parties intended United States domestic arbitral law to govern their disputes”.

²⁴⁶ US No. 517, International Bechtel Company Limited v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai, United States District Court, District of Columbia, 8 March 2005. Yearbook Commercial Arbitration 2005, Vol. XXX. The Hague: Kluwer, 2005.

²⁴⁷ “The court noted that Bechtel did not question the Dubai courts’ jurisdiction or integrity; rather, it asserted that the Dubai courts’ invalidation of the arbitral award on the ground of improper administration of witness oaths was ‘repugnant to fundamental notions of what is decent and just’. While agreeing that ‘[t]he Dubai court’s invalidation of the arbitral award solely on the ground that witness oaths were not properly administered, where neither party objected to the form of the oaths when given, in the face of a contract provision stating plainly that the award would be final and binding and that there would be no appeal to any court, registers at the hypertechnical fringe of what Americans would call justice’, the district court held that it was uncertain whether that invalidation was ‘repugnant to fundamental notions of what is decent and just’, since Bechtel’s appeal to the Dubai Court of Cassation had not yet been decided and neither Bechtel nor the DCA could say whether a confirmation of the award’s annulment by the Court of Cassation would preclude re-arbitration of the dispute”.

3.2.5. Termorio vs. Electrante.

A sociedade TERMORIO firmou com a ELECTRANTA – entidade de direito público cuja participação é majoritariamente detida pelo Estado Colombiano – um contrato de compra e venda de energia, pelo qual a TERMORIO se obrigava à produção de energia, e a ELECTRANTA se obrigava a adquiri-la.

Alegando que a ELECTRANTA não cumprira suas obrigações, a TERMORIO iniciou procedimento arbitral em Barranquilla, aplicando-se as regras procedimentais da CCI e o direito material colombiano, na forma da cláusula arbitral pactuada, o que resultou em sentença arbitral condenando a ELECTRANTA ao pagamento de indenização.

A ELECTRANTA, assim, ajuizou ação visando à anulação da sentença arbitral, a qual foi julgada procedente, por decisão que veio a transitar em julgado. O *Tribunal Del Consejo Del Estado* concluiu, em definitivo, que a cláusula arbitral havia violado o direito colombiano, o qual, à época da celebração da cláusula arbitral, não permitiria às partes a adoção das regras da CCI em arbitragem doméstica²⁴⁸.

Em 19.12.2004, a TERMORIO buscou o reconhecimento da sentença arbitral nos Estados Unidos, pedido este negado, em 17.03.2006, pela Corte Distrital do Distrito de Columbia²⁴⁹, por decisão mantida, em 25.05.2007, pela Corte de Apelação do Circuito do Distrito de Columbia²⁵⁰.

Afirmou a Corte de Apelação que a sentença arbitral havia sido proferida na Colômbia, e que o *Tribunal Del Consejo Del Estado*, de fato, tratava-se da autoridade competente para anulação da sentença arbitral, caso contrária ao direito colombiano. Desse modo, segundo a Corte de Apelação, não havendo qualquer elemento indicando

²⁴⁸ “The Colombian Council of State (*Consejo de Estado*) ultimately vacated the award on the grounds that the arbitration had not been conducted in accordance with Colombian law, which at the time of the arbitration did not permit use of the ICC procedural rules in arbitration”. Tal anulação é criticada por FERNANDO MANTILLA-SERRANO, sob o argumento de ter ignorado o fato de ambas as partes terem assinado, sem qualquer reserva, a Ata de Missão. MANTILLA-SERRANO, Fernando. Algumas notas sobre a execução de sentenças ... [2009], p. 99/100.

²⁴⁹ US No. 575, TermoRio S.A. E.S.P. (Colombia), et al. and others v. Republic of Colombia, Electrificadora del Atlantico S.A. E.S.P. (Colombia) and others, United States District Court, District of Columbia, Not Indicated, 17 March 2006. Yearbook Commercial Arbitration 2006, Vol. XXXI. The Hague: Kluwer, 2006.

²⁵⁰ US No. 621, TermoRio S.A. E.S.P. (Colombia), LeaseCo Group and others v. Electranta S.P. (Colombia), et al., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 06-7058, 25 May 2007. Yearbook Commercial Arbitration 2008, Vol. XXXIII. The Hague: Kluwer, 2008.

que o processo de anulação teria sido contaminado por alguma ilegalidade, o tribunal de reconhecimento estava obrigado a respeitar a decisão anulatória colombiana²⁵¹.

Conforme a Corte de Apelação, a CNI criou cuidadosamente um sistema para execução de sentenças arbitrais estrangeiras, no qual apenas um tribunal em país com jurisdição primária sobre uma sentença arbitral detém competência para anulá-la. E, nesse sistema, seria estimulado verdadeiro *forum shopping*, caso fosse possível executar automaticamente a sentença arbitral anulada na sede da arbitragem²⁵².

A Corte de Apelação cita, ainda, a doutrina de ALBERT JAN VAN DEN BERG, asseverando que, com a anulação pelo *Tribunal Del Consejo Del Estado*, a sentença arbitral havia deixado de existir, de modo que não poderia ser executada em qualquer outro Estado signatário da CNI (“*ex nihilo nihil fit*”)²⁵³.

Distinguiu-se, também, o CASO TERMORIO do CASO CHROMALLOY, na medida em que, neste último, a REPÚBLICA DO EGITO havia violado cláusula arbitral pela qual as partes haviam renunciado, expressamente, a qualquer recurso de anulação em face da sentença arbitral, fato não presente no CASO TERMORIO, onde a ELECTRANTA, inclusive, valeu-se em tempo adequado da faculdade legal de manifestar sua objeção contra a sentença arbitral perante o Poder Judiciário Colombiano.

Além disso, a Corte de Apelação frisou que a CNI não instituiu um regime onde o tribunal de reconhecimento (controle secundário) deve, rotineiramente, suspeitar da decisão do tribunal de anulação (controle primário), ressaltando que “*é preciso muito mais do que mera alegação de que o julgamento de anulação ‘ofende a ordem pública’*”

²⁵¹ “We affirm the judgment of the District Court. The arbitration award was made in Colombia and the Consejo de Estado [Council of State] was a competent authority in that country to set aside the award as contrary to the law of Colombia. Because there is nothing in the record here indicating that the proceedings before the Consejo de Estado were tainted or that the judgment of that court is other than authentic, the District Court was, as it held, obliged to respect it”.

²⁵² “[A]s a practical matter, mechanical application of domestic arbitral law to foreign awards under the Convention would seriously undermine finality and regularly produce conflicting judgments. If a party whose arbitration award has been vacated at the site of the award can automatically obtain enforcement of the awards under the domestic laws of other nations, a losing party will have every reason to pursue its adversary “with enforcement actions from country to country until a court is found, if any, which grants the enforcement”.

²⁵³ “For us to endorse what appellants seek would seriously undermine a principal precept of the New York Convention: an arbitration award does not exist to be enforced in other Contracting States if it has been lawfully ‘set aside’ by a competent authority in the State in which the award was made. This principle controls the disposition of this case”.

do Estado de reconhecimento, para se poder superar fundamento de recusa arguido com base no art. V, n. 1, 'e', da CNI" (tradução livre)²⁵⁴.

Para a Corte de Apelação: *"quando o tribunal estrangeiro competente tiver anulado a sentença arbitral estrangeira, os Estados Unidos não devem desconsiderar essa decisão, a não ser em circunstâncias extraordinárias, não presentes no caso"* (tradução livre)²⁵⁵.

Isso porque a decisão anulatória na origem somente é, ela própria, não passível de reconhecimento quando for *"repugnante a princípios fundamentais do que é decente e justo no Estado onde o reconhecimento é buscado"* (tradução livre)²⁵⁶, não tendo a TERMORIO, no caso em tela, logrado demonstrar que o processo de anulação na Colômbia teria violado tais princípios²⁵⁷.

3.2.6. COMMISA vs. Pemex.

No CASO PEMEX²⁵⁸, a deferência à anulação da sentença arbitral na origem que, em regra, permeia a jurisprudência norte-americana foi excepciona, tal como ocorrera no CASO CHROMALLOY.

²⁵⁴ *"The Convention does not endorse a regime in which secondary States (in determining whether to enforce an award) routinely second guess the judgment of a court in a primary State, when the court in the primary State has lawfully acted pursuant to 'competent authority' to 'set aside' an arbitration award made in its country. Appellants go much too far in suggesting that a court in a secondary State is free as it sees fit to ignore the judgment of a court of competent authority in a primary State vacating an arbitration award. It takes much more than a mere assertion that the judgment of the primary State 'offends the public policy' of the secondary State to overcome a defense raised under Art. V(1)(e)".*

²⁵⁵ *"... [w]hen a competent foreign court has nullified a foreign arbitration award, United States courts should not go behind that decision absent extraordinary circumstances not present in this case".*

²⁵⁶ *"A judgment is unenforceable as against public policy to the extent that it is 'repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought'".*

²⁵⁷ *"Appellants have neither alleged nor provided any evidence to suggest that the parties' proceedings before Colombia's Consejo de Estado or the judgment of that court violated any basic notions of justice to which we subscribe".*

²⁵⁸ O CASO PEMEX é comentado nos seguintes artigos: (I) SLOBODCHIKOVA, Maria. Enforcement of annulled arbitral awards in the United States: discretion to confirm an arbitral award constrain by principles of comity. In: GOMEZ, Katia Fach; LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana Maria. 60 years of the New York Convention: key issues and future challenges. The Hague: Kluwer, 2019, p. 470/473; (II) NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral anulada na sede. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 53, 2017, p. 35/39; e (III) WALD, Arnoldo; SALLES, Vivian Marques. Homologação de Sentença Estrangeira Anulada por Decisão Judicial no seu País de Origem. Sessenta Anos Depois da Convenção de Nova Iorque. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 876/880.

A PEMEX, subsidiária de uma companhia estatal de óleo e gás mexicana, e a COMMISA, subsidiária, no México, de uma corporação norte-americana na área de construção, celebraram contrato pelo qual a COMMISA assumiu a obrigação de construir plataformas de petróleo no Golfo do México.

Em 2004, alegando infrações pela COMMISA, a PEMEX resiliu unilateralmente o contrato, apropriando-se das plataformas.

A COMMISA, então, instaurou procedimento arbitral perante a CCI, com sede na Cidade do México, como previsto na cláusula arbitral. Ambas as partes participaram da arbitragem e, em novembro de 2006, o tribunal arbitral proferiu decisão preliminar confirmando sua jurisdição sobre a disputa.

Já na fase de mérito da arbitragem, a PEMEX arguiu que a rescisão contratual havia sido “*um ato de autoridade não sujeito a arbitragem sob a lei mexicana*” (tradução livre)²⁵⁹, argumento não suscitado antes da decisão preliminar.

Em paralelo, na mesma época, o México promulgou leis alterando o foro disponível para disputas como o do caso em exame: (I) exigindo que tais disputas sejam dirimidas apenas por tribunais estatais; (II) reduzindo o prazo prescricional aplicável; e (III) coibindo a via arbitral para disputas relativas à resolução de contratos como o que havia sido firmado entre a PEMEX e a COMMISA.

Não obstante o pedido da PEMEX ao tribunal arbitral para que reconsiderasse sua decisão preliminar, acerca de sua jurisdição, em 16.12.2009, foi proferida sentença arbitral concedendo uma indenização a favor da COMMISA, a ser paga pela PEMEX.

Ato contínuo, a COMMISA requereu o reconhecimento da sentença arbitral perante a Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque, deferido em 02.11.2010. A PEMEX interpôs recurso contra essa decisão e, enquanto este estava pendente de julgamento, teve êxito em obter a anulação da sentença arbitral no México.

²⁵⁹ “... *an act of authority not subject to arbitration under Mexican law*”.

Por decisão proferida em 21.09.2011, o 11º Tribunal Colegiado em Matéria Civil do Distrito Federal mexicano entendeu que a matéria não poderia ter sido julgada em arbitragem, conforme a nova lei mexicana que havia entrado em vigor.

À vista desse fato superveniente, consistente na anulação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário mexicano, a Corte de Apelação do Segundo Circuito devolveu o caso à Corte Distrital, a qual, em 27.08.2013, proferiu decisão reafirmando sua posição de reconhecer a sentença arbitral, sob o argumento de que a *“anulación da sentença violou princípios básicos de justiça, na medida em que aplicou uma lei que não existia à época em que as partes celebraram o contrato, e deixou a COMMISA sem uma aparente capacidade de postular seus direitos”* (tradução livre)²⁶⁰.

A PEMEX, então, novamente recorreu da decisão que reconheceu a sentença arbitral, tendo a Corte de Apelação do Segundo Circuito, desta vez, analisado o mérito do pedido.

Em 02.08.2016, a Corte de Apelação negou o recurso da PEMEX, sob a premissa de que a Convenção do Panamá (aplicável à espécie), tal como a CNI, estabelece que *“uma Corte Distrital deve reconhecer uma sentença arbitral proferida no exterior, a não ser que a requerida demonstre um dos sete fundamentos de recusa; caso um dos fundamentos estiver preenchido, a Corte Distrital poderá escolher indeferir o reconhecimento à sentença arbitral”* (tradução livre)²⁶¹.

Tal como havia ocorrido no CASO CHROMALLOY, a Corte de Apelação afirmou que, no caso vertente, conferir validade à decisão judicial anulatória violaria a ordem pública americana. Não obstante, ressaltou a Corte de Apelação que se estava diante de situação excepcional, capaz de relativizar a aplicação do princípio da *international*

²⁶⁰ US No. 793 / P35, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. PEMEX – Exploración y Producción, United States District Court, Southern District of New York, Case No. 10 Civ. 206 (AKH), 27 August 2013. Yearbook Commercial Arbitration 2013, Vol. XXXVIII. The Hague: Kluwer, 2013 – *“I hold, for the reasons discussed below, that the Eleventh Collegiate Court decision violated basic notions of justice in that it applied a law that was not in existence at the time the parties' contract was formed and left COMMISA without an apparent ability to litigate its claims. I therefore decline to defer to the Eleventh Collegiate Court's ruling, and I again confirm the Award and grant judgment thereon”*.

²⁶¹ US No. P44, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex Exploración y Producción, United States Court of Appeals, Second Circuit, Docket No. 13 4022, 2 August 2016. Yearbook Commercial Arbitration 2017, Vol. XLII. The Hague: Kluwer, 2017 – *“In sum, a district court must enforce an arbitral award rendered abroad unless a litigant satisfies one of the seven enumerated defenses; if one of the defenses is established, the district court may choose to refuse recognition of the award”*.

comity, já que a decisão anulatória era “*repugnante à noção fundamental do que é decente e justo*” (tradução livre) nos Estados Unidos²⁶².

Segundo a Corte de Apelação, embora a PEMEX se tratasse de estatal, havia sido expressamente autorizada a celebrar contrato contendo cláusula arbitral, cuja validade não foi questionada na fase preliminar do procedimento arbitral²⁶³.

Além disso, a nova lei mexicana havia retirado da COMMISA o direito de submeter seu pleito à via arbitral apenas após o litígio ter surgido, de forma que conferir validade à decisão anulatória proferida no México seria o mesmo que cancelar a aplicação retroativa de lei que cancelava um direito adquirido²⁶⁴.

Havia, ainda, o problema de que, recusando-se o reconhecimento à sentença arbitral, restaria negado o direito fundamental da COMMISA de acesso à justiça, pois, devido também à nova lei mexicana, já havia se esgotado o prazo prescricional para que a COMMISA submetesse seu pleito perante o Poder Judiciário mexicano²⁶⁵.

Finalmente, concluiu-se que a decisão anulatória mexicana violava a ordem pública americana porque equivaleria a uma expropriação sem direito a compensação, eis que a PEMEX, atuando em nome do Estado, “*rescindiou os contratos e retirou à força da COMMISA as plataformas*” (tradução livre)²⁶⁶.

²⁶² “Consequently, although the Panama Convention affords discretion in enforcing a foreign arbitral award that has been annulled in the awarding jurisdiction, and thereby advances the Convention’s pro-enforcement aim, the exercise of that discretion here is appropriate only to vindicate ‘fundamental notions of what is decent and just’ in the United States”.

²⁶³ “When arbitration proceedings were underway, PEP participated without contending that its act of administrative rescission was beyond the reach of arbitration; that argument was advanced only after PEP’s loss was presaged by issuance of the Preliminary Award. That valid waivers must be enforced is settled domestic law” ... “Giving effect to PEP’s twelfth hour invocation of sovereign immunity shatters COMMISA’s investment-backed expectation in contracting, thereby impairing one of the core aims of contract law”.

²⁶⁴ “Giving effect to the nullification would likewise impair the closely related concept of avoiding retroactive application of laws”.

²⁶⁵ “If the Southern District had recognized and implemented the nullification of the arbitral award, COMMISA would have had no sure forum in which to bring its contract claims” ... “We agree with the Southern District that COMMISA’s inability to have its breach claims heard magnifies the injustice”.

²⁶⁶ “PEP, acting on behalf of the Mexican government, rescinded the contracts and forcibly removed COMMISA from the project sites. Then, by legislation, Mexico frustrated relief that had been granted to COMMISA in the arbitral forum and consigned it to a forum in which relief was foreclosed both by the statute of limitations and res judicata”.

Em resumo, através de sua nova lei, o Estado mexicano havia frustrado o direito de compensação concedido à COMMISA por meio da via arbitral, remetendo a disputa à jurisdição estatal quando o prazo prescricional para exercício da pretensão já havia terminado. Essa situação foi vista como inconstitucional pela Corte de Apelação, que, desse modo, concluiu por confirmar o reconhecimento à sentença arbitral.

3.2.7. Thai-Lao vs. República do Laos.

Aos que ficaram preocupados com a possibilidade de o CASO PEMEX orientar que tribunais norte-americanos revisem a fundo decisões estrangeiras anulatórias de sentenças arbitrais, o CASO THAI-LAO demonstrou que, ao menos, a Corte de Apelação do Segundo Circuito aplica com moderação a “exceção de violação à ordem pública” verificada no CASO PEMEX²⁶⁷.

THAI-LAO, uma corporação tailandesa, e sua subsidiária no Laos (doravante, apenas, “THAI-LAO”) iniciaram procedimento arbitral, com sede na Malásia, em virtude da rescisão, pelo GOVERNO DE LAOS, de contratos que garantiam à THAI-LAO o direito de explorar minas de carvão no Laos, o que resultou na prolação de sentença arbitral condenando o ESTADO DE LAOS ao pagamento de indenização à THAI-LAO.

THAI-LAO requereu o reconhecimento da sentença arbitral nos Estados Unidos²⁶⁸, tendo a Corte Distrital do Distrito Sul de Nova Iorque, em 03.08.2011, proferido decisão deferindo *exequatur* à sentença arbitral.

Meses após, todavia, o Poder Judiciário da Malásia anulou a sentença arbitral, ordenando que a disputa fosse submetida a novo procedimento arbitral, composto por outro tribunal arbitral.

²⁶⁷ O CASO THAI-LAO é comentado nos seguintes artigos: (I) SLOBODCHIKOVA, Maria. Enforcement of annulled arbitral awards in the United States ... [2019], p. 473/476; e (II) WALD, Arnoldo; SALLES, Vivian Marques. Homologação de Sentença Estrangeira Anulada ... [2019], p. 876/880.

²⁶⁸ O reconhecimento também foi requerido na França, onde foi indeferido: France No. 55, Lao People's Democratic Republic v. Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd and Hongsa Lignite (Lao PDR) Co. Ltd, Court of Appeal of Paris, 19 February 2013. Yearbook Commercial Arbitration 2013, Vol. XXXVIII. The Hague: Kluwer, 2013 – “In France, the President of the Court of First Instance of Paris granted enforcement; on appeal, the Paris Court of Appeal annulled this decision, finding that the award, which granted damages on the basis of costs incurred under prior contracts between the parties, was not based in its entirety on an arbitration agreement, that is, the arbitration clause in the PDA”.

Com base nessa decisão anulatória, o ESTADO DE LAOS requereu à Corte Distrital que revogasse sua decisão dando *exequatur* à sentença arbitral, pedido com o qual a Corte Distrital concordou, em 06.02.2014, sob o argumento de que a anulação no país da sede da arbitragem deixa o tribunal encarregado do reconhecimento com discricionariedade bastante limitada para conferir o *exequatur*²⁶⁹.

Em 20.07.2017, a Corte de Apelação do Segundo Circuito manteve a decisão da Corte Distrital de indeferir o reconhecimento. A Corte de Apelação se pautou pela orientação consolidada no CASO PEMEX, afirmando que, embora a CNI não obrigue o tribunal de reconhecimento a aceitar cegamente a decisão anulatória no país da sede da arbitragem, sua discricionariedade deve se restringir às “*preocupações prudentes de international comity*” (tradução livre)²⁷⁰.

A Corte de Apelação enfatizou existir “*forte presunção em favor da decisão de controle primário*” (tradução livre), de modo que, a não ser que o reconhecimento seja necessário para “*garantir princípios fundamentais do que é decente e justo nos Estados Unidos*” (tradução livre), a decisão anulatória na origem dever ser conclusiva²⁷¹.

Manteve-se o entendimento da Corte Distrital de que: (I) eventual discordância quanto ao mérito da anulação no país de origem não é suficiente para se desconsiderar tal anulação; assim como: (II) os tribunais de reconhecimento não devem desmerecer a decisão de anulação conforme a lei por ela aplicada, de forma que, desde que a decisão

²⁶⁹ US No. 809, Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. et al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, United States District Court, Southern District of New York, 10-CV-5256 (KMW) (DCF), 6 February 2014. Yearbook Commercial Arbitration 2014, Vol. XXXIX. The Hague: Kluwer, 2014 – “*The use of the permissive ‘may’ in Art. (V)(1)(e) of the New York Convention gives this Court discretion to enforce a foreign arbitral award where the award has been nullified by a court in the state with primary jurisdiction over the award. That discretion, however, is narrowly confined*”.

²⁷⁰ US No. 919, Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. v. Lao People's Democratic Republic, United States Court of Appeals, Second Circuit, 20 July 2017. Yearbook Commercial Arbitration 2017, Vol. XLII. The Hague: Kluwer, 2017 – “*Although Art. V(1)(e)'s text appears to leave the District Court with discretion to enforce an award that has been annulled in the primary jurisdiction – after all, it does not say that enforcement of the award ‘must’ be refused – the D.C. Circuit in TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P. ... held, and we recently agreed in Pemex, that the scope of that discretion is ‘constrained by the prudential concern of international comity’*”.

²⁷¹ SLOBODCHIKOVA, Maria. Enforcement of annulled arbitral awards in the United States ... [2019], p. 474 – “*On appeal, the Second Circuit also relied on the standard set out in the Pemex case, reiterating that although the New York Convention does not require an enforcing court, a court of secondary jurisdiction, to accept blindly the judgment of the court at the seat of arbitration (referred to as the court of primary jurisdiction), the discretion of the enforcing court is limited by ‘the prudential concerns of international comity’.* The Second Circuit emphasized that there is ‘a strong presumption in favor of following the primary jurisdiction's ruling’ and that absent showing that enforcement is needed to ‘vindicate fundamental notions of what is decent and just in the United States’ the annulment judgment is conclusive”.

de anulação tenha sido devidamente fundamentada, “*não há espaço para arguir que tal decisão viola princípios básicos de justiça*” (tradução livre)²⁷².

Segundo a Corte de Apelação, para superar a presunção em favor da decisão anulatória, a parte interessada tem o dever de demonstrar considerações carregadas com certa gravidade, capazes de levantar suspeição sobre a lisura do processo de anulação, ou provar que a anulação viola princípios básicos de justiça²⁷³.

A Corte de Apelação avaliou que a anulação da sentença arbitral, na Malásia, havia sido “*bem menos suspeitosa [do que no CASO PEMEX] e, desse modo, merecedora de presunção de reconhecimento*” (tradução livre).

Embora a Corte de Apelação não tenha apresentado uma lista apontando situações capazes de levantar suspeita no caso de anulação na sede da arbitragem, enfatizaram-se duas circunstâncias distinguindo o CASO THAI-LAO do CASO PEMEX.

Primeiramente, no CASO THAI-LAO, a anulação da sentença arbitral não havia deixado a THAI-LAO sem acesso à justiça, pois ordenou que a disputa fosse submetida a novo procedimento arbitral. Em segundo lugar, no CASO THAI-LAO, não houve alteração legislativa precluindo a pretensão da THAI-LAO²⁷⁴.

Outra diferença notada foi que, diferentemente do que ocorrera no CASO PEMEX, no CASO THAI-LAO, nenhuma das partes (uma sociedade tailandesa e o Estado de Laos) tinha a nacionalidade do país da sede da arbitragem (Malásia), “*situação que poderia*

²⁷² SLOBODCHIKOVA, Maria. Enforcement of annulled arbitral awards in the United States ... [2019], p. 474 – “*The Second Circuit underscored that the court's disagreement with the merits of the annulment judgment does not suffice to disregard such an annulment. It also appears that the Second Circuit agreed with the district court's conclusion that enforcing courts should not second-guess the annulling court's determination of its own law and that as long as the Malaysian court had a basis for its determination “there is no room to argue that this determination [of Malaysian law] violates basic notions of justice”.*

²⁷³ “*The prudential concerns for international comity and the high standard for overcoming the presumptive effect of a primary jurisdiction's annulment, as articulated in Pemex, fit comfortably within the scope of this solicitude. Of course, consistently with Pemex, the party opposing vacatur of a judgment enforcing a later-annulled award may show in support of its opposition that giving effect to the judgment annulling the award would offend “fundamental notions of what is decent and just” in the United States’.* Pemex, 832 F.3d at 107 (quoting TermoRio, 487 F.3d at 938). *In the absence of such a public policy concern, however, the annulment of an award in the primary jurisdiction should weigh heavily in a district court's Rule 60(b)(5) analysis”.*

²⁷⁴ “*First, we observe that over the varied course of the proceedings the District Court gave some explicit consideration to the interests of justice. For example, the District Court noted that the Malaysian judgment annulling the Award ‘did not leave Petitioners ... without a remedy’ and acknowledged that the dispute would be re-arbitrated before a different panel of arbitrators. This case is thus unlike Pemex, where the award was annulled and the laws in the foreign jurisdiction were changed in the interim, precluding any future recovery”.*

levantar suspeita de parcialidade pelos tribunais malaaios” (tradução livre), tratando-se a Malásia, na verdade, “*de terceiro país neutro, que as partes haviam escolhido como sede da arbitragem*” (tradução livre)²⁷⁵.

Em síntese, o CASO THAI-LAO mostra que, nos Estados Unidos, só não se dará deferência à decisão anulatória no país de origem se esta for “*repugnante a princípios fundamentais do que é decente e justo*” nos Estados Unidos, tendo sido o resultado do CASO PEMEX exceção a essa regra, devido às suas raras peculiaridades.

3.2.8. Impressões sobre a jurisprudência norte-americana.

Bem diferentemente do que se passa na jurisprudência francesa, nos Estados Unidos, o reconhecimento é, em regra, negado, se a sentença arbitral estrangeira tiver sido anulada no país da sede da arbitragem. Essa regra é excepcionada apenas em casos extremos, caso o tribunal de reconhecimento norte-americano conclua que a decisão anulatória estrangeira viola a ordem pública dos Estados Unidos²⁷⁶.

Tal posição ficou bem clara no CASO TERMORIO, onde a Corte de Apelação do Circuito do Distrito de Columbia afirmou que “*os demandantes não podem validamente requerer a execução da sentença arbitral aqui, a menos que as decisões dos tribunais colombianos violassem a ordem pública americana*”.

No mesmo sentido, nos CASOS PEMEX e THAI-LAO, respectivamente, a Corte de Apelação do Segundo Circuito afirmou que a regra consistente na negativa de reconhecimento à sentença arbitral anulada no país da sede arbitral apenas será excepcionada se a decisão anulatória for “*repugnante à noção fundamental do que é decente e justo*” nos Estados Unidos.

²⁷⁵ “This is not a case in which the Respondent is an entity of Malaysia's government, which might raise a suspicion of the Malaysian courts' partiality; rather, Malaysia is a neutral, third country that the parties mutually chose as the seat of the arbitration”.

²⁷⁶ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 124 – “Apenas no caso em que a decisão de anulação proferida na sede da arbitragem seja contrária à ordem pública americana que a sentença arbitral poderá ser executada nos Estados Unidos. Tais situações são, de fato, expressamente reservadas pela jurisprudência americana”.

E, como se viu nos julgados acima, os tribunais norte-americanos costumam ter o cuidado de realizar minucioso *distinguishing* entre os pedidos de reconhecimento que lhes são submetidos e os escassos julgados em que o reconhecimento foi deferido, apesar da anulação da sentença arbitral no país de origem.

Nos CASOS BAKER MARINE, SPIER e TERMORIO, teve-se o cuidado de diferenciá-los do CASO CHROMALLOY, assim como houve o cuidado de diferenciar o CASO THAI-LAO tanto do CASO PEMEX, quanto do CASO CHROMALLOY. Igualmente, houve a diligência de se identificar que, tal como ocorrera no CASO CHROMALLOY, a decisão judicial anulatória no CASO PEMEX violava a ordem pública norte-americana.

Nessa tarefa, a análise pelos tribunais norte-americanos parece se ater muito mais aos termos da decisão de anulação no país de origem, do que à própria sentença arbitral objeto do reconhecimento. Apenas no caso de a decisão anulatória, ela própria, não satisfazer as exigências de reconhecimento nos E.U.A. é que, excepcionalmente, a sentença arbitral poderá ser levada em consideração.

Isso pode ser explicado pela visão consolidada no CASO TERMORIO, no sentido de que *“uma sentença arbitral não existe para ser executada em outro Estado Parte se foi validamente anulada por uma autoridade competente no Estado em que a sentença foi proferida. Esse princípio controla o dispositivo deste caso”*.

Para os Estados Unidos, uma vez anulada na sede da arbitragem, a sentença arbitral, em regra, deixa de existir (*ex nihilo nihil fit*). Desse modo, para poderem excepcionar essa regra, os tribunais norte-americanos realizam verdadeiro exame de reconhecimento da decisão judicial anulatória estrangeira, a fim de verificar se esta viola a ordem pública norte-americana, exame conduzido de forma bem restritiva²⁷⁷.

²⁷⁷ GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional ... [2014], p. 125 – *“É apenas no caso em que a decisão de anulação não satisfaça ela mesma as exigências de reconhecimento no país onde a execução da sentença arbitral é demandada que essa última poderá, a título excepcional, ser levada em consideração”* ... *“De um ponto de vista legal, os tribunais americanos, contrariamente aos franceses, centram-se no reconhecimento da decisão dos tribunais da sede a propósito da sentença arbitral, e não nesta. A sentença arbitral é considerada, portanto, apenas indiretamente, por meio do prisma da decisão nacional relacionada com ela”*.

Tanto que são escassos os casos em que os tribunais norte-americanos reconheceram sentenças arbitrais estrangeiras que haviam sido anuladas no país da sede da arbitragem. Não obstante, o mero fato de os tribunais norte-americanos admitirem, ainda que excepcionalmente, o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas faz com que essas cortes integrem a corrente pluralista.

3.3. Posição moderada da jurisprudência holandesa.

3.3.1. Yukos vs. Rosneft.

No famoso CASO YUKOS, os tribunais holandeses aplicaram o entendimento, seguido por parte da doutrina, de que a deferência à decisão anulatória poderá ser afastada quando essa decisão não tiver sido obtida mediante um processo equitativo, ou violar a ordem pública do Estado de reconhecimento.

O caso envolveu disputa entre YUKOS CAPITAL e ROSNEFT, referente a quatro contratos de empréstimo entre a YUKOS (mutuante), e a sociedade YUGANSKNEFTEGAZ (mutuária), celebrados à época em que YUKOS e YUGANSKNEFTEGAZ integravam o GRUPO YUKOS. Tais contratos continham cláusula arbitral prevendo arbitragem perante a Câmara de Indústria e Comércio da Federação Russa.

Por ocasião de leilão, a maior parte do controle acionário da YUGANSKNEFTEGAZ foi adquirida pela ROSNEFT, que, portanto, sucedeu à YUGANSKNEFTEGAZ. Surgida, então, disputa relacionada a esses empréstimos, a YUKOS deu início a procedimento arbitral em Moscou, resultando na prolação de quatro sentenças arbitrais condenando a YUGANSKNEFTEGAZ (sucedida pela ROSNEFT) ao pagamento de indenização.

Mediante decisões proferidas em 18 e 23.05.2007, a *Arbitrazh Court* de Moscou anulou as quatro sentenças arbitrais, sob o argumento de que o tribunal arbitral teria violado o princípio que impõe tratamento igualitário às partes, as regras procedimentais aplicáveis e, além disso, não teria agido com imparcialidade e independência.

O julgado em questão foi mantido em segundo grau, por decisão datada de 13.08.2007, e também pela Suprema Corte Russa, por decisão de 10.12.2007.

Não obstante a anulação das sentenças arbitrais na Rússia, a YUKOS requereu seu reconhecimento na Holanda, onde, inicialmente, teve seu pedido negado pela Corte Distrital de Amsterdam, em 28.02.2008.

Segundo a Corte Distrital, o tribunal de reconhecimento deve, em princípio, respeitar a decisão de anulação, a não ser em circunstâncias excepcionais (tais como violação ao devido processo legal no processo de anulação, falta de imparcialidade e independência pela corte de anulação, ou total ausência de fundamentação da decisão anulatória), o que, na visão da Corte Distrital, não teria sido demonstrado pela YUKOS²⁷⁸.

Contra tal decisão, a YUKOS interpôs recurso, o qual foi provido pela Corte de Apelação de Amsterdam, por decisão de 28.04.2009²⁷⁹. A Corte de Apelação verificou, primeiramente, que, não obstante a CNI não ser aplicável ao reconhecimento da decisão anulatória estrangeira, tal Convenção também não obriga o tribunal de reconhecimento holandês a reconhecer tal decisão anulatória automaticamente.

Na verdade, conforme a Corte de Apelação, para se conferir validade, ou não, à decisão estrangeira anulatória, faz-se necessário recorrer às regras de Direito Internacional Privado²⁸⁰.

Nesse sentido, a Corte de Apelação anunciou seu entendimento de que:

²⁷⁸ “The Voorzieningenrechter examined the request on the basis of the [1958 New York Convention] and, in short, held that in principle the enforcement court must respect the decision of the Russian civil court to annul the arbitral awards; however, leave to enforce an annulled award may be granted under exceptional circumstances (for instance, violation of generally accepted principles of due process in the proceeding leading to the annulment decision, partiality and dependence of the civil court concerned and totally insufficient reasons for its decisions). The Voorzieningenrechter held that Yukos Capital did not assert such circumstances, or at any rate did not give sufficient reasons therefor”.

²⁷⁹ Netherlands No. 31, Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft (Russian Federation), Gerechtshof [Court of Appeal], Amsterdam, 200,005,269, 28 April 2009. Yearbook Commercial Arbitration 2009, Vol. XXXIV. The Hague: Kluwer, 2009.

²⁸⁰ “... the 1958 New York Convention concerns the recognition and enforcement of arbitral decisions, but does not provide for the international recognition of civil court decisions annulling or setting aside arbitral decisions. [Art. V(1)(e)] does assume that, in the case at hand, the Russian civil court is the competent authority with respect to a request for annulling or setting aside the arbitral awards. However, neither this provision, nor the further provisions of the 1958 New York Convention or any other convention compel the Dutch enforcement court to recognize such decision of the Russian civil court directly. The question whether the decision of the Russian civil court annulling the arbitral awards can be recognized in the Netherlands must be answered pursuant to the rules of general private international law”.

“... um tribunal holandês não está obrigado a recusar reconhecimento a uma sentença arbitral anulada se a decisão estrangeira que anulou a sentença arbitral não puder ser reconhecida na Holanda. Isto se aplica, em particular, se a maneira como tal decisão [anulatória] veio a existir não atende aos princípios do devido processo legal e, por essa razão, o reconhecimento a essa decisão [anulatória] não se adequa à ordem pública holandesa. Se a decisão do tribunal russo que anulou as sentenças arbitrais não puder ser reconhecida na Holanda, ao julgar o pedido de reconhecimento às sentenças arbitrais, não deve ser levada em consideração a decisão anulatória das sentenças arbitrais” (tradução livre)²⁸¹.

Partindo desse pressuposto, a Corte de Apelação avaliou que a ROSNEFT não havia suficientemente refutado os volumosos documentos apresentados pela YUKOS, para dar suporte à sua alegação de que o Poder Judiciário Russo havia sido parcial e dependente ao anular as sentenças arbitrais, tendo se deixado conduzir pelos interesses políticos e estratégicos do Poder Executivo Russo.

Apurando, assim, haver estreita imbricação entre a ROSNEFT e o Estado Russo, a Corte de Apelação – de forma pouco diplomática – concluiu ser plausível que a decisão anulatória russa tenha resultado de julgamento não dotado de imparcialidade e independência, razão pela qual decidiu que essa anulação *“deveria ser ignorada na apreciação do pedido da Yukos em relação ao reconhecimento das sentenças arbitrais”* (tradução livre)²⁸².

Tal conclusão alcançada pela Corte de Apelação foi duramente criticada pelo Prof. VAN DEN BERG, afirmando que uma acusação tão séria por um tribunal de justiça contra juízes de outro Estado só poderia ter lugar na presença de sólidas provas, o que, para tal autor, não seria o caso.

²⁸¹ “... a Dutch court is not compelled to deny leave for recognition of an annulled arbitral award if the foreign decision annulling the arbitral award cannot be recognized in the Netherlands. This applies in particular if the manner in which that decision came to exist does not comply with the principles of due process and for that reason recognition of that decision is at odds with Dutch public policy. If the decisions of the Russian civil court annulling the arbitral awards cannot be recognized in the Netherlands, then when deciding on the request for a leave to enforce the arbitral awards no account is to be taken of the decisions annulling those arbitral awards”.

²⁸² “Based on the above, this court concludes that it is to such extent likely that the Russian civil court decisions annulling the arbitral awards are the outcome of a judicial process that must be deemed partial and dependent, that those decisions cannot be recognized in the Netherlands. This implies that the annulment of the arbitral awards by the Russian court must be ignored when deciding on Yukos Capital's request for enforcement of those awards”.

Na visão de VAN DEN BERG, a Corte de Apelação teria presumido a falta de imparcialidade e independência dos tribunais russos, apesar de não ter sido apresentada, segundo ele, prova concreta mostrando parcialidade e dependência nas três instâncias judiciais russas que anularam as sentenças arbitrais²⁸³.

Não obstante tal crítica, o fato é que assim entendeu a Corte de Apelação, que, após afastar a decisão judicial anulatória, analisou diretamente se as sentenças arbitrais possuíam condições de ser reconhecidas na Holanda, concluindo não estarem presentes, no caso, outros fundamentos de recusa previstos na CNI, notadamente aqueles previstos no art. V, n. 1, “a” e “b”, e n. 2, “b”. Entendeu a Corte de Apelação, assim, por deferir o reconhecimento às sentenças arbitrais.

Em 25.06.2010, a decisão da Corte de Apelação de Amsterdam, revertendo o julgamento da Corte Distrital, foi mantida pela Corte Suprema Holandesa²⁸⁴.

3.3.2. Nicolai Maximov vs. NLMK.

O CASO MAXIMOV – no qual a Corte de Apelação de Amsterdam aumentou o nível de exigência aplicado no CASO YUKOS – teve origem em contrato de compra e venda de ações firmado entre NIKOLAI MAXIMOV e a sociedade NLMK, do qual surgiu litígio levando MAXIMOV a iniciar procedimento arbitral, perante a Câmara de Indústria e Comércio da Federação Russa, em face da NLMK, requerendo o pagamento de saldo remanescente do preço ajustado.

Em resposta, a NLMK não só apresentou defesa, como ofertou reconvenção, requerendo a restituição de pagamento antecipado realizado a MAXIMOV. Ao final do procedimento, o tribunal arbitral proferiu sentença, em 31.03.2011, deferindo o pleito de MAXIMOV, e indeferindo o pedido da NLMK.

²⁸³ VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of arbitral awards in Russia. *Journal of International Arbitration*, vol. 27, n. 2, 2010, p. 180/181 – “*The Court advances this conclusion without any concrete evidence of a lack of independence and impartiality on the part of the judges involved in all three instances*”.

²⁸⁴ Netherlands No. 34, OAO Rosneft (Russian Federation) v. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg), Hoge Raad [Supreme Court], First Chamber, 09/02565 EE, 25 June 2010. *Yearbook Commercial Arbitration* 2010, Vol. XXXV. The Hague: Kluwer, 2010.

Em 07.04.2011, NLMK ajuizou ação para anulação da sentença arbitral, a qual teve seu pedido julgado procedente, em 21.06.2011, pela *Arbitrazh Court* de Moscou, a qual concluiu que: (I) teria havido violação à lei russa e às regras da câmara arbitral, em virtude da falta de *disclosure*, por dois árbitros, sobre suas relações profissionais com MAXIMOV; (II) a matéria em litígio não seria arbitrável; e (III) o método de cálculo do preço de compra das ações, conforme aplicado pelos árbitros, não estaria de acordo com regras mandatórias da lei russa, a violar a ordem pública russa.

Tal decisão veio a ser mantida em segundo grau, por decisão datada de 26.09.2011, e também pela Alta Corte Russa, por decisão de 30.01.2012.

Enquanto ainda não havia transitado em julgado a decisão anulatória russa, MAXIMOV requereu o reconhecimento da sentença arbitral na Holanda, alegando que os tribunais russos teriam sido dependentes e parciais na anulação, o que lhe foi negado, em 17.11.2017, pela Corte Distrital de Amsterdam, sob o fundamento de que a sentença arbitral havia sido anulada pelo tribunal competente para tanto, e que a possibilidade de se desconsiderar a anulação se restringia a circunstâncias excepcionais em que a decisão anulatória estrangeira violava padrões holandeses de devido processo legal, o que não se fazia presente no caso em tela.

Interposto recurso por MAXIMOV, a Corte de Apelação de Amsterdam não se limitou a aceitar os indícios apontando a natureza supostamente parcial e irregular da decisão anulatória russa. Diferentemente disso, a Corte de Apelação partiu da premissa de que toda decisão de uma jurisdição estrangeira é regular, a não ser que resulte de julgamento injusto, que só poderá se configurar a partir de indicações suficientemente fortes (*“sufficiently strong indications”*)²⁸⁵.

²⁸⁵ Netherlands No. 45, Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat, Court of Appeal of Amsterdam, Case No. 200.100.508/01, 18 September 2012. Yearbook Commercial Arbitration 2013, Vol. XXXVIII. The Hague: Kluwer, 2013.

Desse modo, a Corte de Apelação converteu o feito em diligência, determinando que uma perícia fosse realizada, a fim de examinar a natureza efetivamente irregular da decisão de anulação russa. É de se notar que os mesmos estudos e notícias apresentados como indícios no CASO YUKOS foram retomados no CASO MAXIMOV²⁸⁶.

Porém, dessa vez, a Corte de Apelação aumentou o seu nível de exigência, afirmando ser possível excepcionar o art. V, n. 1, “e”, da CNI: (I) tanto nos casos em que a anulação estrangeira tenha sido irregular; (II) quanto nos casos em que, mesmo que a anulação tivesse sido regular, o resultado alcançado teria sido o mesmo, qual seja, a anulação da sentença arbitral.

Com efeito, a Corte de Apelação criou a “exceção da exceção”, conforme definido por esse próprio tribunal em sua decisão:

“Como a Arbitrazh Court anulou a sentença arbitral, em princípio, o pedido de MAXIMOV deve ser indeferido, nos termos do art. V, n. 1, “e”, da CNI. Devemos decidir se, no presente caso, há uma exceção.

“Aplica-se uma exceção se existirem indicações suficientemente fortes de que houve deficiências essenciais no processo de anulação perante a corte estatal estrangeira no caso em apreço, concluindo-se não ser possível sustentar que o caso foi decidido de forma justa. Há também uma ‘exceção a essa exceção’ – à qual o art. V, n. 1, “e”, da CNI se aplica de qualquer maneira –, qual seja, quando for plausível que, mesmo que o caso tivesse sido julgado de forma justa, o processo também resultaria na anulação da sentença arbitral” (tradução livre)²⁸⁷.

²⁸⁶ “The Court of Appeal must now examine whether the manner in which the Russian annulment proceedings were conducted indicates that the exception referred must be deemed to exist. The Court of Appeal deems it necessary that one or more independent expert(s) provide information to the Court of Appeal, in particular about the contents of Russian law. The Court of Appeal therefore intends to order an expert opinion. The case will be referred to the register of cases in order to give the parties an opportunity to express their views on the number and identity of the person(s) to be appointed as expert(s), the questions to be asked and the advance. First, Maximov will be given the opportunity to submit a statement, thereafter NLMK”.

²⁸⁷ “As the Arbitrazh Court has annulled the arbitral award, in principle Maximov's request must be dismissed pursuant to Art. V(1)(e) New York Convention. We must decide whether it must be deemed that there is an exception in this case. There is an exception if there are sufficiently strong indications that there have been such essential shortcomings in the annulment proceedings before the foreign state court in the case under consideration that it cannot be maintained that the case has been fairly heard. There is also an exception to this exception – in which case Art. V(1)(e) New York Convention applies anyway – namely if it is sufficiently plausible that even if the case had been heard fairly, the proceedings would have resulted in the annulment of the arbitral award”.

Segundo JABA GVELEBIANI, extrai-se desse entendimento assentado pela Corte de Apelação que, para se obter, na Holanda, o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira anulada, o requerente deve demonstrar: (I) que houve deficiências essenciais no processo anulatório; (II) que tais deficiências se deram no caso particular da sentença arbitral objeto do pleito de reconhecimento; (III) que tais deficiências foram sérias o suficiente a ponto de corromper uma justa e regular condução do processo anulatório; e (IV) que tais deficiências encontram respaldo em “*indicações suficientemente fortes*” (“*sufficiently strong indications*”), isto é, em provas contundentes²⁸⁸.

Partindo do pressuposto de que não havia indícios suficientes para se afirmar que o CASO MAXIMOV se trataria de exceção, a Corte de Apelação optou por determinar às partes que nomeassem peritos, para exame concreto dos fatos ligados à anulação na Rússia, a fim de poder decidir se tal anulação teria sido, ou não, abusiva, a possibilitar o afastamento do disposto no art. V, n. 1, “e”, da CNI.

Referindo-se aos fundamentos da decisão de anulação, e às suas consequências perante a jurisdição russa, a Corte de Apelação pretendeu, através da prova técnica, examinar a legitimidade da anulação à luz do direito da sede arbitral, isto é, a partir do direito russo²⁸⁹, formulando, inclusive, oito quesitos aos peritos.

A Corte de Apelação, então, por decisão interlocutória proferida em 18.09.2012, adiou o julgamento do pedido de reconhecimento, até que fosse concluída a prova técnica. Em comparação com o CASO YUKOS, julgado apenas três anos antes, conclui-se que o ônus da prova exigido no CASO MAXIMOV foi mais rigoroso, a despeito de haver pontos em comum entre as causas²⁹⁰.

²⁸⁸ GVELEBIANI, Jaba. Recognition of annulled foreign arbitral awards: destiny of vacated arbitral awards from the perspective of the US and the Netherlands. Saarbrücken: Lap Lambert, 2013, p. 55.

²⁸⁹ “The court of appeal therefore ordered the parties to supply expert evidence as to (1) the effect under Russian law of arbitrators and experts being employed by the same institutions; (2) the arbitrability of share purchase disputes under Russian law; (3) whether the method of determining the purchase price applied by the arbitrators was contrary to mandatory Russian law; and whether the denial of Maximov's requests for postponement, the fact that the court did not take into account the arbitration file and that it gave an oral judgment immediately after a five-hour hearing were in compliance with Russian law”.

²⁹⁰ GVELEBIANI, Jaba. Recognition of annulled foreign arbitral awards ... [2013], p. 56.

Concluída a instrução probatória, em 27.09.2016, a Corte de Apelação proferiu sua decisão final, negando reconhecimento à sentença arbitral, por entender que nenhuma das instâncias judiciais russas havia interpretado ou aplicado lei material ou procedimental russa de forma irregular, conforme a visão de um jurista razoável com plausível conhecimento sobre a lei russa²⁹¹.

Segundo a Corte de Apelação, os laudos periciais confirmaram as conclusões dos tribunais russos de que houve falha no dever de *disclosure* pelos árbitros. Os laudos também apontaram, na avaliação da Corte, que o contraditório e a ampla defesa foram atendidos no processo de anulação, assim como que a matéria do litígio entre MAXIMOV e NLMK não era arbitrável, conforme a lei russa²⁹².

Nesse sentido, a Corte de Apelação entendeu não possuir discricionariedade, na forma do art. V, n. 1, “e”, da CNI, devendo negar reconhecimento à sentença arbitral. Para a Corte de Apelação, a alegada parcialidade e dependência dos tribunais russos não se apoiou em evidências concretas no CASO MAXIMOV²⁹³.

A decisão em questão foi mantida pela Corte Suprema da Holanda, por decisão proferida em 24.11.2017, entendendo que o reconhecimento à sentença arbitral anulada só pode ser deferido em circunstâncias excepcionais, não presentes no caso²⁹⁴.

²⁹¹ Netherlands No. 59, Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgicheskyy Kombinat, Court of Appeal of Amsterdam, Gerechtshof, Amsterdam, 27 September 2016. Yearbook Commercial Arbitration 2016, Vol. XLII. The Hague: Kluwer, 2016.

²⁹² “Here it did not appear that the Russian annulment proceedings constituted an unfair process under Art. 6 of the European Convention on Human Rights, because none of the Russian courts’ decisions interpreted or applied Russian substantive or formal law in such manner that a reasonable jurist with a reasonable knowledge of Russian law would not consider them defensible. As concerned the first annulment ground – that the arbitrators failed to comply with their obligation to disclose that they worked in a subordinate position at the same institutes as the respondent’s experts – the Russian courts’ conclusions were confirmed by the report of two Russian law experts appointed by the Court of Appeal. The report also found that the respondent’s procedural rights had not been violated in the Russian annulment proceedings. As concerned the second ground for annulment – lack of arbitrability – the experts confirmed in their short answer to the relevant question that the dispute concerned the determination of the price of shares and thus a transfer of shares, and was not arbitrable”.

²⁹³ “The image that Appellant’s submissions give of the workings of the Russian judicial system and of the corruption still common in Russia – against which Respondent has not provided, let alone proved, an essentially more positive image – is discouraging to say the least. The Court of Appeal has kept that image in mind when deciding the present case and Appellant’s arguments. However, this does not take away that that image alone before the court that must decide in the present proceeding does not suffice to conclude that Appellant, as the person who lost the actions commenced against him and his company, has had no fair trial and that as a consequence the arbitral award was incorrectly annulled. As considered in the interim decisions, more concrete, relevant indications are necessary for such [conclusion]. The examination carried out by the Court of Appeal has shown those indications to be insufficient. The reports of party-appointed experts submitted by Appellant in this proceeding also do not provide a basis for deeming that the decisions of the state courts in the annulment proceeding show [that there was] prejudice”.

²⁹⁴ Netherlands No. 62, Not indicated v. OJSC Novolipetsky Metallurgicheskyy Kombinat, Hoge Raad, Case No. 16/05686, 24 November 2017. Yearbook Commercial Arbitration 2018, Vol. XLIII. The Hague: Kluwer, 2018 – “... since such discretion is an exception to the system of Art. V(1) of the New York Convention, the court shall make use

3.3.3. Impressões sobre a jurisprudência holandesa.

À vista dos dois julgados acima (CASOS YUKOS e MAXIMOV), conclui-se que os tribunais holandeses adotam uma postura que se aproxima da doutrina moderada, isto é, nem absolutamente autonomista (como ocorre na França), nem territorislista (lado para o qual se inclina a jurisprudência dos Estados Unidos): apenas empirista²⁹⁵.

A despeito do aumento, do CASO YUKOS para o CASO MAXIMOV, do nível de exigência quanto ao ônus probatório imposto àquele que busca o reconhecimento de sentença arbitral anulada, a solução adotada pelos tribunais holandeses para o problema em exame ficou clara a partir desses julgados: a sentença arbitral estrangeira anulada poderá ser reconhecida, se a respectiva decisão judicial anulatória estrangeira não puder, ela própria, ser reconhecida na Holanda, por violar a ordem pública holandesa.

Trata-se de posição semelhante à adotada por WILLIAM PARK – como já vimos –, para o qual *“o melhor caminho é tratar as decisões anulatórias como quaisquer outros julgados estrangeiros, conferindo a elas validade (e, logo, recusando reconhecimento à sentença arbitral anulada), a não ser que o processo judicial que resultou na anulação tenha sido infectado com irregularidades graves”*, o que, segundo o referido autor, *“amolda-se perfeitamente à discricionariedade criada pela CNI”*²⁹⁶.

Na tarefa de avaliar se a decisão anulatória estrangeira pode ser reconhecida, as cortes holandesas não se apoiam na CNI. Pelo contrário, no CASO YUKOS, a Corte de Apelação de Amsterdam, corretamente, deixou claro que a CNI não se aplica à decisão

of it only in exceptional circumstances. Accordingly, the party seeking recognition or enforcement of a foreign arbitral award despite the existence of (a) ground(s) for refusal described in Art. V(1) of the New York Convention, has the burden to raise and prove the facts and circumstances which justify disregarding the ground(s) for refusal” ... “It appears from the considerations of the Court of Appeal in its interim decision and its final decision, that [the Court] did not ignore the fact that the Dutch court has the discretion meant at above. After all, the Court of Appeal examined whether there was a basis to recognize the arbitral award and grant leave to enforce it, even if it had been annulled by the annulment decision. The conclusion reached by the Court of Appeal on the basis of that examination must therefore be deemed to be that in the present case there is no exceptional case as meant above, which justifies disregarding the annulment decision”.

²⁹⁵ LEVY, Daniel de Andrade. Note: Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat, Court of Appeal of Amsterdam, Case No. 200.100.508/01, 18 September 2012. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. X, n. 37, 2013, p. 135.

²⁹⁶ PARK, William W. What is to be done with annulled awards? Arbitration of Int’l Bus. Disputes Oxford (2006, 2nd ed., 2012), p. 353.

anulatória estrangeira, cuja validade, na Holanda, na verdade, será verificada de acordo com as regras de direito internacional privado.

Não obstante a jurisprudência holandesa parta da premissa de que o art. V, n. 1, “e”, da CNI confere certa margem de discricionariedade, à luz do precedente MAXIMOV, conclui-se que, na Holanda, o reconhecimento só será possível em casos excepcionais, devendo-se apresentar evidências concretas de séria violação ao devido processo legal no processo de anulação da sentença arbitral²⁹⁷.

Com essa solução, tem-se a impressão de que as cortes holandesas se preocupam bastante em impedir que sentenças arbitrais anuladas por motivos torpes ou desonestos sejam indevidamente obstadas de produzir seus regulares efeitos, ao mesmo tempo que não querem permitir que sentenças arbitrais regularmente anuladas pelo órgão judicial competente possam produzir efeitos automaticamente.

²⁹⁷ GVELEBIANI, Jaba. Recognition of annulled foreign arbitral awards [...] (2013), p. 59.

PARTE II – O CASO BRASILEIRO.

4. RECONHECIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA ANULADA NA ORIGEM: VISÃO A PARTIR DO BRASIL.

4.1. Evolução recente da arbitragem no Brasil.

Se, atualmente, o Brasil é visto internacionalmente como um país pró-arbitragem, muito se deve à sua adesão, em 2002, à CNI, por meio do Decreto nº 4.311, de 23/07/2002. Para isto, todavia, um longo trajeto teve que ser percorrido²⁹⁸, no que se destaca, primeiramente, a promulgação da Lei nº 9.307, de 23/09/1996.

Antes da Lei nº 9.307/1996, coerentemente com o que ocorria com as sentenças arbitrais domésticas, as sentenças arbitrais estrangeiras precisavam ser homologadas judicialmente no país de origem, antes de serem submetidas a reconhecimento perante o STF, competente, à época, para o reconhecimento de sentenças estrangeiras em geral (art. 102, I, “h”, da CF, revogado depois pela EC 45/2004)²⁹⁹.

Nesse sistema, era objeto de reconhecimento, no Brasil, a sentença judicial que havia homologado a sentença arbitral estrangeira, e não, propriamente, a sentença arbitral estrangeira. Consequentemente, a seguir tal orientação, resultava-se na necessidade de dupla homologação (“*duplo exequatur*”) da sentença arbitral estrangeira, mesmo que fosse proveniente de Estado que não exigisse sua homologação por autoridade judiciária local para produzir efeitos na ordem interna³⁰⁰.

²⁹⁸ Para uma análise do chamado período “pré-histórico” da arbitragem no Brasil: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A pré-história da arbitragem no Brasil. In: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Advocacia de Empresas. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 191/212.

²⁹⁹ O art. 1.045 do CC/1916 (Lei nº 3.071/1916), o art. 1.042 do CPC/1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939) e o art. 1.098 do CPC/1973 (Lei nº 5.869/1973) – este último até a edição da Lei nº 9.307/1996 – previam a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral, para que produzisse os mesmos efeitos de uma sentença judicial. Conforme aponta CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, o fato de a sentença arbitral apenas se tornar título executivo depois de homologada pelo juiz estatal competente se tratava de um dos três motivos pelos quais a arbitragem não experimentou adoção generalizada no Brasil antes da promulgação da Lei nº 9.307/1996. Os outros dois motivos se deveram: (I) ao fato de que o juízo arbitral apenas se constituía se as partes celebrassem o compromisso arbitral, o que só é possível diante de um litígio definido, existente ou em vias de deflagração; e (II) ao fato de que, em caso de descumprimento da cláusula arbitral, não havia meio de se obter sua execução específica, de modo que a inadimplência acabava por se resolver em perdas e danos. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A pré-história da arbitragem no Brasil [...] (2012), p. 197.

³⁰⁰ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

Nesse ponto, vale menção ao julgamento da SEC nº 4.724-2, pelo STF, em 1994, no qual restou decidido “*que ‘sentença estrangeira’, susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenha chancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar executível o julgado*”³⁰¹.

O STF concluiu que era irrelevante a lei britânica dispensar a homologação judicial da sentença arbitral para que esta produzisse efeitos na ordem interna. Para o STF, importava saber se, à luz do direito brasileiro, a sentença arbitral estrangeira não chancelada na origem pela autoridade judiciária competente configurava, ou não, uma sentença estrangeira, para ser susceptível de reconhecimento no Brasil.

Desse modo, decidiu o STF recusar o reconhecimento, eis que “*o laudo arbitral, seja qual for a sua proveniência, aqui, só se reputa sentença estrangeira quando, na origem, haja sido objeto de homologação por autoridade judiciária local*”.

O fato é que o sistema da dupla homologação preenchia uma lacuna no direito positivo brasileiro: somente as decisões judiciais estrangeiras detinham a atenção do legislador. Nessa conjuntura, a Lei nº 9.307/1996 introduziu importantes modificações no Brasil, passando a situá-lo na moderna tendência de facilitação da circulação internacional das decisões arbitrais³⁰².

No plano internacional³⁰³, a Lei nº 9.307/1996 trouxe regras específicas para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras (arts. 34 a 40), inovando quanto aos diplomas anteriores. Passou-se a admitir o reconhecimento independentemente de prévia homologação judicial pela autoridade judiciária competente do país de origem, nos termos do art. 35 da Lei nº 9.307/1996.

³⁰¹ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. SEC nº 4.724-2. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 27.04.1994.

³⁰² Nesse sentido, vale conferir a justificação do projeto de lei do Senado nº 78/1992, de autoria do Senador MARCO MACIEL, transcrita em: SOUZA JR., Lauro Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (org.). Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 407.

³⁰³ Sobre as inovações da Lei nº 9.307/1996, tanto no plano doméstico, quanto no plano internacional: DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado [...] (2003), p. 33/47.

À época da promulgação da Lei nº 9.307/1996, embora o Brasil ainda não tivesse aderido à CNI, ficou claro o intuito do legislador nacional em, de alguma forma, integrar o Brasil ao sistema criado pela referida Convenção³⁰⁴. Assim é que os arts. 37 a 39 da Lei nº 9.307/1996 são muito semelhantes – apesar de não idênticos – aos arts. IV e V da Convenção de Nova Iorque³⁰⁵.

Pode-se afirmar que, ao se inspirar na CNI, a Lei nº 9.307/1996 revolucionou o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil em dois aspectos: no ônus da prova, cabendo à parte requerida provar os fundamentos de recusa, e nas condições de reconhecimento, estabelecendo regras específicas para esta tarefa.

Igualmente importante foi o fato de o STF, em 2001, ter declarado constitucional a Lei nº 9.307/1996, o que ocorreu justamente no âmbito de processo para reconhecimento de sentença arbitral estrangeira. No que se refere à arbitragem no Brasil, talvez esta seja, até os dias atuais, a decisão mais importante (SEC nº 5.206)³⁰⁶.

Na SEC nº 5.206, o STF realizou o controle incidental de constitucionalidade de duas das principais inovações trazidas pela Lei nº 9.307/1996. A saber:

(I) por maioria, o STF decidiu ser constitucional a execução específica da cláusula compromissória, sem necessidade de celebração do compromisso arbitral, quando a arbitragem puder ser diretamente instaurada pela cláusula compromissória³⁰⁷; e

(II) por unanimidade, o STF decidiu ser constitucional a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judicial, independentemente de homologação judicial, no que se inclui a dispensa de homologação da sentença arbitral estrangeira pela autoridade judicial do país onde teve lugar a arbitragem³⁰⁸.

³⁰⁴ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 463/464.

³⁰⁵ SOUZA JR., Lauro Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras [...] (1999), p. 415.

³⁰⁶ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. SEC nº 5.206. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.12.2001.

³⁰⁷ Antes da Lei nº 9.307/1996, o juízo arbitral só se constituía com a celebração do compromisso arbitral.

³⁰⁸ Antes da Lei nº 9.307/1996, a sentença arbitral só se tornava título executivo depois de homologada pelo juiz estatal competente.

Finalmente, em 2002, o Brasil ratificou a CNI, assumindo, em âmbito global, tanto o compromisso de reconhecer e executar decisões arbitrais estrangeiras em seu território, quanto o de reconhecer como válida a convenção de arbitragem, encaminhando à via arbitral as disputas que devam ser dirimidas pela arbitragem.

Não obstante contar, desde 1996, com uma moderna lei de arbitragem, a ratificação da CNI era imprescindível para que o Brasil ascendesse ao papel de destaque que consegue ocupar atualmente na arbitragem internacional.

A ratificação da CNI pelo Brasil confere eficácia internacional às sentenças arbitrais proferidas em seu território, a influenciar positivamente em sua escolha como sede de arbitragens internacionais, principalmente considerando que a ratificação ora em exame se deu sem qualquer reserva, postura bastante liberal e favorável à arbitragem.

À vista deste percurso, é bastante pertinente a lição de ARNOLDO WALD, ao afirmar que, no Brasil, a arbitragem se estrutura sob três pilares: *(I)* a promulgação da Lei nº 9.307/1996; *(II)* a declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 pelo STF; e *(III)* a ratificação da CNI³⁰⁹.

A esses três pilares, vale somar, ainda, a reforma da Lei nº 9.307/1996, promovida pela Lei nº 13.129/2015³¹⁰, além do CPC/2015, promulgado pela Lei nº 13.105/2015, contendo dispositivos referentes ao reconhecimento de decisões estrangeiras em geral, aplicáveis subsidiariamente, no que forem compatíveis, às decisões arbitrais estrangeiras³¹¹.

³⁰⁹ WALD, Arnoldo. A Convenção de Nova Iorque. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 16, 2002, p. 325/332.

³¹⁰ Destaca-se a reforma da Lei nº 9.307/1996 apesar de, substancialmente, não ter trazido mudanças no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Sobre a reforma da Lei nº 9.307/1996: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (org.). A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

³¹¹ Sobre as implicações do CPC/2015 no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras: CAMPOS MELO, Leonardo de. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior: inovações advindas do CPC/15. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende [...] (2016), p. 371/386. Ver também: ALMEIDA, Ricardo Ramalho; ARAUJO, Nadia de. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (org.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrólio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 705/716.

Nesse processo, o Brasil deixou de ser um país onde o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras era questionável, para se tornar um país conhecido como favorável à arbitragem.

4.2. Cenário atual.

Na última década e meia, desde quando a competência para o reconhecimento de decisões estrangeiras – e, logo, de sentenças arbitrais estrangeiras – foi transferida ao STJ pela EC nº 45/2004, a referida corte superior já teve a oportunidade de se deparar com casos envolvendo praticamente todos os fundamentos de recusa previstos no art. V da CNI, experiência que poucos tribunais no mundo possuem.

Em levantamento para o trabalho intitulado “*Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras à luz da Convenção de Nova Iorque: uma análise a partir do ordenamento jurídico do Brasil e da jurisprudência do STJ brasileiro*”, este autor constatou que, até agosto de 2017, o STJ havia julgado, no mérito, 67 requerimentos de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras³¹².

Entre estes 67 casos, em somente 10 houve negativa ao reconhecimento, enquanto em 3 o reconhecimento foi deferido parcialmente, a demonstrar serem bem poucos os casos de recusa pelo STJ, tribunal que, no geral, portanto, vem cumprindo o propósito primordial da CNI, que é garantir que cada estado signatário “*reconhecerá*” as sentenças arbitrais estrangeiras como obrigatórias (art. III da CNI).

Desde o referido levantamento feito por este autor, não houve alteração substancial nesse cenário: o STJ permanece adotando, como regra, o reconhecimento.

Em meio à jurisprudência do STJ referente ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, encontram-se algumas situações nem sempre comuns na prática forense internacional.

³¹² TORRESI, Alessandro. Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras à luz da Convenção de Nova Iorque: uma análise a partir do ordenamento jurídico do Brasil e da jurisprudência do STJ brasileiro. 2017. Disponível em: <http://lisboa.academia.edu/AlessandroTorresi> (acesso em 05.08.2019).

Na SEC nº 12.236, por exemplo, o STJ pôde analisar a aplicação do fundamento de recusa a que se refere o art. V, n. 1, “d”, da CNI. Neste caso, o STJ negou reconhecimento a uma sentença arbitral que havia sido proferida por árbitro singular em Düsseldorf, por concluir que, na forma da cláusula compromissória celebrada entre as partes, a arbitragem deveria ter tido lugar no Rio de Janeiro, com o tribunal arbitral sendo composto por 3 árbitros³¹³.

Já no chamado “*Caso Abengoa*” (SEC nº 9.412), o STJ negou reconhecimento a duas sentenças arbitrais proferidas nos Estados Unidos, sob o fundamento de que o árbitro-presidente do tribunal arbitral não teria atendido a requisitos objetivos de independência e imparcialidade, de modo que admitir o reconhecimento das sentenças arbitrais configuraria violação à ordem pública (art. V, n. 2, “b”, da CNI)³¹⁴.

E o tema em exame neste trabalho não é exceção na jurisprudência do STJ. Ao julgar a SEC nº 5.782, o STJ julgou pedido de reconhecimento envolvendo uma sentença arbitral proferida em Buenos Aires que havia sido anulada pelo Poder Judiciário Argentino (art. V, n. 1, “e”, da CNI)³¹⁵. Desde logo, antecipa-se que, neste caso, o reconhecimento foi recusado pelo STJ.

A jurisprudência do STJ, portanto, trata-se de um campo fértil para o estudo do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Tanto é assim que o Prof. ALBERT JAN VAN DEN BERG, em artigo publicado em 2013, citou que o Brasil havia sido eleito a “*belle of the ball*” da arbitragem internacional, não obstante ter ratificado a CNI tardiamente, 44 anos após sua entrada em vigor. Nem por isto deixou o referido autor de fazer críticas a alguns descuidos que, até hoje, são cometidos pelo STJ³¹⁶.

³¹³ BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC nº 12.236. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 16.12.2015.

³¹⁴ BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC 9.412/US. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 30.05.2017. Para uma análise, em maior detalhe, do “Caso Abengoa”: (I) TORRESI, Alessandro. Imparcialidade e independência do árbitro: “*parcialidade evidente*” vs. “*dúvida justificada*” e o Caso Abengoa. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 59, 2018, p. 91/120; (II) ALMEIDA, Ricardo Ramalho; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; BARROS, Vera Monteiro de. O controle da ordem pública no Direito brasileiro: análise do Caso Abengoa. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 56, 2017; e (III) NEVES, Flávia Bittar; TOLEDO, Luciana Aguiar S.F. de. A Jurisprudência do STJ em Ações de Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 122/129.

³¹⁵ BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC nº 5.782. Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 02.12.2015.

³¹⁶ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention and its application by Brazilian courts. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 36, 2013, p. 16/17.

Não é raro o STJ deixar de se referir à CNI (instrumento mais importante no que toca à circulação de sentenças arbitrais a nível mundial), baseando suas decisões em processos de reconhecimento, apenas, na Lei nº 9.307/1996, a qual contém dispositivos muito semelhantes, porém não idênticos, aos da CNI.

Ao assim proceder, o STJ nega a si próprio a oportunidade de se orientar pela jurisprudência de outros Estados signatários, assim como pela doutrina especializada sobre o texto convencional, correndo o risco de adotar uma posição dissonante de uma interpretação uniforme da CNI³¹⁷.

Trata-se de problema sobre o qual o próprio STJ já externou estar ciente. Na SEC nº 3.709/US, o Ministro CASTRO MEIRA registrou que se referir à CNI “*é importante para as decisões do STJ poderem repercutir fora do âmbito nacional, já que é a Convenção fundamental no que diz respeito à resolução dos conflitos que se reportam ao compromisso arbitral*”³¹⁸.

O maior problema encontrado no histórico da jurisprudência do STJ acerca do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, apesar de não presente nos casos mais recentes, consistiu em uma análise, por vezes, bastante restritiva e formalista dos requisitos da cláusula compromissória³¹⁹.

Tanto é assim que mais da metade dos pedidos de reconhecimentos negados pelo STJ (ao todo, 5 casos) se deu sob o fundamento de invalidade/inexistência da cláusula compromissória (art. V, n. 1, “a”, da CNI)³²⁰. Não obstante, já se vê das decisões mais recentes do STJ uma interpretação mais flexível e alinhada com as praxes do comércio internacional.

³¹⁷ CAMPOS MELO, Leonardo de. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil: a practitioner's guide. The Hague: Kluwer, 2015, p. 07; e VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention and its application by Brazilian [...] (2013), p. 22.

³¹⁸ BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC 3.709/US. Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 14.06.2012.

³¹⁹ WALD, Arnoldo. Artigo II (incisos 1 e 2): os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83/126.

³²⁰ TORRESI, Alessandro. Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras [...] (2017).

Na SEC nº 14.930, o STJ reconheceu uma sentença arbitral proferida nos Estados Unidos que declarou que a seguradora de uma das partes de contrato para o fornecimento de uma caldeira industrial estava vinculada à cláusula compromissória desse contrato, em razão da sub-rogação nos direitos da sua segurada.

O Ministro Relator OG FERNANDES explicou em seu voto que a questão objeto do processo de reconhecimento da sentença arbitral era se a cláusula arbitral contida no contrato de fornecimento entre as partes poderia ser estendida à seguradora, por força da sub-rogação. A conclusão a que se chegou foi que:

“... inexistindo absoluta incompatibilidade da sentença arbitral com norma fundante do direito brasileiro, ingressar na seara da interpretação feita da norma jurídica pela decisão homologanda corresponderia a uma intromissão indevida no seu mérito, desde quando suas conclusões não se divorciam de parte relevante da doutrina pátria”³²¹.

Por fim, apesar de a jurisprudência do STJ ser farta sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, em nenhum caso se viu, até hoje, o referido tribunal se debruçar sobre o conceito de “*ordem pública internacional*” (art. V, n. 2, “b”, da CNI), o que se deve, provavelmente, à redação imprecisa do art. 39, II, da Lei nº 9.307/1996, que emprega a expressão “*ordem pública nacional*”³²².

A despeito disso, a análise da jurisprudência do STJ demonstra que esse tribunal enxerga o conceito de “*ordem pública*” de forma bastante restritiva, em linha com o que prescreve a CNI³²³.

Essa visão, inclusive, é ressaltada pela Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, na SEC nº 12.493, ao asseverar que “*o uso da ordem pública para impedir a homologação de sentenças estrangeiras constitui medida excepcional de defesa do Estado e dos valores básicos da Nação contidos no ordenamento jurídico*”³²⁴.

³²¹ BRASIL. STJ, Corte Especial, SEC nº 14.930, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 15.05.2019.

³²² Nesse ponto, é precisa a lição de RICARDO RAMALHO ALMEIDA, no sentido de que o legislador brasileiro empregou a expressão “*ordem pública nacional*”, no art. 39, II, da Lei nº 9.307/1996, não como sinônimo de “*ordem pública interna*”, e sim de “*ordem pública brasileira*”, ou “*ordem pública do país de reconhecimento*”, em consonância com o texto da CNI. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (org.). Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e prática). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 154.

³²³ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention and its application by Brazilian [...] (2013), p. 46.

³²⁴ BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC 12.493. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 15.02.2017.

Mesmo assim, espera-se que o STJ se debruce expressamente, em casos futuros, sobre o conceito de “*ordem pública internacional*”.

Esses problemas não têm levado, no geral, a decisões finais do STJ contrárias aos propósitos da CNI, até porque a aplicação da Lei nº 9.307/1996, em essência, conduz ao mesmo resultado prático da CNI.

Sem prejuízo, não se pode deixar de exigir rigorosidade quando o assunto é à aplicação do texto convencional. Especialmente para os fins deste trabalho, é importante analisar o quanto o sistema jurídico brasileiro está alinhado com os propósitos da CNI, da doutrina internacional e da jurisprudência de outros países que interpretam o texto convencional.

4.3. Aspectos gerais atinentes ao reconhecimento no Brasil.

4.3.1. Definição de “*sentença arbitral estrangeira*” no direito brasileiro.

De acordo com o art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996, “*considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional*”, contemplando o primeiro e principal critério previsto no art. I, n. 1, da CNI.

Não se aplica, no Brasil, o critério subsidiário previsto na parte final do art. I, n. 1, da CNI. O legislador brasileiro optou por uma definição mais objetiva, baseando-se somente no local onde a sentença arbitral é proferida.

Desse modo, a sentença arbitral: (I) será nacional se proferida dentro do território brasileiro, mesmo que os árbitros tratem de questão ligada ao comércio internacional e estejam em jogo ordenamentos jurídicos variados; enquanto (II) será estrangeira se proferida fora do território brasileiro, ainda que as partes sejam brasileiras, resolvendo controvérsia decorrente de contrato celebrado no Brasil e que deva ter cumprimento em território brasileiro³²⁵.

³²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo [...] (2009), p. 439.

O principal critério previsto no art. I, n. 1, da CNI, refletido no parágrafo único do art. 34 da Lei nº 9.307/1996, foi confirmado pelo STJ no RESP nº 1.231.554/RJ³²⁶. No caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (“TJRJ”) havia extinguido execução tendo por objeto sentença arbitral oriunda de procedimento arbitral instaurado perante a CCI, em Paris, porém proferida por árbitro brasileiro e no Rio de Janeiro, onde a arbitragem teve sede, conforme previa a cláusula compromissória.

Apesar de o TJRJ ter verificado que a sentença arbitral havia sido proferida no Rio de Janeiro, entendeu-se que, tendo as partes eleito a CCI, com sede em Paris, para solucionar a controvérsia, teriam desejado, *“por um ou outro motivo, que o caso fosse solucionado através de uma decisão estrangeira”*.

E, ainda, acrescentou o TJRJ que, *“conquanto o respeitável árbitro seja brasileiro, administrativamente, ele está vinculado e representava a entidade estrangeira de arbitragem, obedecendo também a normas estrangeiras”*. Nessa linha de raciocínio, o TJRJ concluiu que a sentença arbitral seria estrangeira, eis que *“emanada de órgão estrangeiro de arbitragem”*, necessitando de prévio reconhecimento para poder ser executada³²⁷.

Inconformada, a parte que executava a sentença arbitral recorreu ao STJ, o qual concedeu provimento ao recurso especial, autorizando o prosseguimento da execução.

Na ocasião, o STJ bem obsevou que a configuração da internacionalidade, ou não, da sentença arbitral, para fins de seu reconhecimento, ficou ao alvedrio das legislações nacionais, nos termos do art. I da CNI, *“razão pela qual se vislumbra no cenário internacional diferentes regulamentações jurídicas acerca do conceito de sentença arbitral estrangeira”*.

³²⁶ BRASIL. STJ. 3ª T. RESP nº 1.231.554/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 24.05.2011.

³²⁷ BRASIL. TJRJ. 12ª C.C. AI 0062827-33.2009.8.19.0000, Rel. Des. Antônio Iloízio Bastos, j. em 23.02.2010.

A Ministra Relatora NANCY ANDRIGHI asseverou que a fórmula consagrada no direito comparado é aquela que identifica a nacionalidade da sentença arbitral *“segundo o país eleito como sede da arbitragem”*, justamente o critério adotado pela legislação brasileira.

Nesse sentido, concluiu o STJ não haver dúvida de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema territorialista, sendo a sentença arbitral (I) estrangeira quando proferida fora do território brasileiro, e (II) nacional, quando proferida dentro do território brasileiro. Conforme o STJ, *“no ordenamento jurídico pátrio, elegeu-se o critério geográfico (ius solis) para determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão for proferida (art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96)”*.

Tratando-se, no caso, de sentença arbitral proferida no Rio de Janeiro, não havia por que o tribunal de origem ter extinguido a execução, eis que, na forma do art. 31 da Lei 9.307/1996, *“a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”*.

O conteúdo da decisão do STJ ora em comento é importante também pelo fato de nem a CNI, em seu art. 1, n. 1, nem a Lei nº 9.307/1996, em seu art. 34, parágrafo único, definirem o que se deve entender por *“local”* de prolação da sentença arbitral. A Lei nº 9.307/1996 não aborda os conceitos de sede ou lugar da arbitragem³²⁸.

Além de seu art. 34, parágrafo único, silenciar sobre o ponto, seu art. 10, IV, ao tratar dos requisitos do compromisso arbitral, também não define o que seria o *“lugar em que será proferida a sentença arbitral”*. Por sua vez, ao abordar os requisitos da sentença arbitral, o art. 26 da Lei nº 9.307/1996 apenas se refere ao *“lugar em que foi proferida”*, novamente deixando de definir o que se deve entender por *“lugar”*.

³²⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo [...] (2009), p. 439.

Sobre o ponto, ao julgar o RESP nº 1.231.554/RJ, o STJ citou a relevante doutrina de CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, pela qual, em linha com a fórmula consagrada no direito comparado³²⁹, o “*local*” em que foi proferida a sentença arbitral não se trata de um critério geográfico, e sim de um critério legal, baseado de acordo com a sede da arbitragem prevista na convenção de arbitragem.

Nas palavras de SILVEIRA LOBO, “*a sede, ou lugar da arbitragem, é eleita pelas partes ou pelo tribunal arbitral, sendo irrelevante o lugar em que são efetivamente praticados os atos do procedimento da arbitragem*”³³⁰.

Conjugando o art. I, n. 1, da CNI com os dispositivos da Lei nº 9.307/1996, concluiu o STJ, no RESP nº 1.231.554/RJ, que, no direito brasileiro, a sentença arbitral será estrangeira quando tiver sido proferida fora do território brasileiro, entendendo-se, assim, quando a arbitragem tiver sido sediada fora do Brasil.

Como se verifica, o Brasil não adotou o conceito, utilizado por alguns países, de arbitragem internacional com base na natureza jurídica da questão submetida à arbitragem³³¹.

Pelo contrário, para o efeito de distinguir sentenças arbitrais nacionais de estrangeiras, o Brasil se vale de critério objetivo, levando em conta apenas o local onde foi proferida a sentença arbitral (leia-se, local da sede da arbitragem)³³².

³²⁹ “Where is an award made? The Convention does not answer this question. The vast majority of Contracting States considers that an award is made at the seat of the arbitration. The seat of the arbitration is chosen by the parties or alternatively, by the arbitral institution or the arbitral tribunal. It is a legal, not a physical, geographical concept. Hearings, deliberations and signature of the award and other parts of the arbitral process may take place elsewhere”. ICCA’s guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges. International Council for Commercial Arbitration, 2011.

³³⁰ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Definição de sentença arbitral estrangeira. In: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Advocacia de Empresas. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 263.

³³¹ Na França, as sentenças arbitrais em matéria de arbitragem internacional, ainda que proferidas no território francês, estão sujeitas ao mesmo regime de reconhecimento aplicável às sentenças arbitrais proferidas no exterior. Mesmo a força executiva das sentenças proferidas em arbitragens domésticas na França depende de uma declaração de exequatidade. PINHEIRO, Luís de Lima. Direito internacional privado – vol. III (competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras). 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 559.

³³² BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial e internacional. Porto Alegre: Lex Magister, 2011, p. 281.

4.3.2. Juízo de delibação perante o STJ.

O art. III da CNI contém a obrigação primordial a ser cumprida por um Estado signatário: reconhecer e executar a sentença arbitral estrangeira como obrigatória³³³. Com vistas ao cumprimento desta tarefa, o Brasil segue a via adotada pela maioria dos países³³⁴, implementando um sistema para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras abarcadas tanto pela CNI, como por outros tratados.

Além disso, a legislação brasileira possui regras específicas para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, inspiradas na CNI, aplicando-se apenas subsidiariamente as regras concernentes a decisões judiciais estrangeiras³³⁵.

Destaca-se, nesse sistema, o disposto no art. 35 da Lei nº 9.307/1996³³⁶, segundo o qual, “*para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça*”. Neste ponto, primeiramente, cumpre ressaltar que a tarefa do STJ de reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras não decorre do art. 35, e sim de previsão constitucional, na forma do art. 105, I, “i”, da CF, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 45/2004.

O reconhecimento “*unicamente*” perante o STJ³³⁷ possui duas vantagens: (I) todas as decisões sobre o assunto ficam armazenadas em uma única base de dados, acessível pela página do STJ na Internet³³⁸; e (II) os pedidos de reconhecimento contestados são julgados pela Corte Especial do STJ (art. 216-K do Regimento Interno do STJ – “RISTJ”), a qual é composta pelos 15 magistrados mais antigos do Tribunal (art. 2º, § 2º, do RISTJ), ensejando, a rigor, que esses pedidos sejam decididos pelos

³³³ BÖRNER, Andreas. Article III. In: PORT, Nicola Christine; OTTO, Dirk; Nacimiento, Patricia; Kronke, Herbert (org.). Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention. The Hague: Kluwer, 2010, p. 115.

³³⁴ CAMELO, António Sampaio. O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária. Coimbra: Almedina, 2016, p. 83/84.

³³⁵ Aplicando-se ao sistema brasileiro, por analogia, a lição de LUÍS DE LIMA PINHEIRO ao comentar o sistema adotado pela Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa, pode-se afirmar que o reconhecimento de sentenças arbitrais no Brasil consiste em um sistema *sui generis*, diferente tanto do sistema de equiparação, quanto do sistema de assimilação. Nesse sentido: PINHEIRO, Luís de Lima. Direito internacional privado [...] (2012), p. 565/566.

³³⁶ VAN DEN BERG, Albert Jan (2013). *Op. cit.*, p. 32/33.

³³⁷ Em Portugal, a competência para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras é do Tribunal da Relação que abrange o domicílio da pessoa contra a qual se pretenda valer a sentença (art. 59, n. 1, “h”, da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa). Nesse sentido: PINHEIRO, Luís de Lima. Direito internacional privado [...] (2012), p. 593.

³³⁸ www.stj.jus.br.

julgadores mais experientes, os quais têm a missão de garantir que a jurisprudência do Tribunal seja consistente e coesa³³⁹.

LUIZ OLAVO BAPTISTA faz interessante equiparação entre o reconhecimento de uma sentença arbitral proferida no exterior e um transplante:

“O processo de recepção do direito estrangeiro por um sistema jurídico pode ser comparado ao da reação de um organismo ao implante cirúrgico de um órgão proveniente de outro corpo. Problemas de compatibilidade, de qualidade e imunológicos operam com base numa mecânica similar à da admissão de uma decisão proferida fora da esfera de soberania do Estado, ou seja, são elementos estranhos que precisam ser compatíveis com o sistema que os acolhe, equivalentes à ideia da utilização da sentença estrangeira, tais sentenças sendo fruto da ação soberana de outro Estado, ou produzida sob a égide de suas leis”³⁴⁰.

A internalização de uma sentença estrangeira judicial ou arbitral, no Brasil, ocorre por meio de um processo jurisdicional de contenciosidade limitada³⁴¹, chamado de juízo de delibação (revisão formal), consistente em um controle limitado a aspectos formais da decisão estrangeira, e ao preenchimento de determinados requisitos legais, não sendo possível adentrar no mérito apreciado pela decisão estrangeira objeto do pedido de reconhecimento³⁴².

O sistema de controle limitado instituído pelo direito brasileiro em tema de reconhecimento de sentença estrangeira não autoriza que o STJ, atuando como tribunal do foro, no que se refere ao ato sentencial formado no exterior, realize o exame da matéria de fundo ou aprecie questões pertinentes ao mérito da causa, ressalvada, somente, para efeito do juízo de delibação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes à ordem pública³⁴³.

³³⁹ CAMPOS MELO, Leonardo de. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards [...] (2015), p. 1/4.

³⁴⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial e internacional [...] (2011), p. 281.

³⁴¹ EUGÊNIO, Paulo Eduardo Campanella; RODANTE, Marcello Vieira Machado. Reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 416.

³⁴² Nesse sentido, confirmam-se, entre outros, os seguintes julgados do STJ: BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC 9.619/GB. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 04.05.2016; BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC 11.969/US. Rel. Min. Raul Araújo, j. em 16.12.2015; e BRASIL. Corte Especial. STJ. SEC 10.643/JP. Rel. Min. Humberto Martins, j. em 19.11.2014.

³⁴³ BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial e internacional [...] (2011), p. 285.

Não se pode discutir, no processo de reconhecimento, a relação de direito material subjacente à decisão estrangeira (judicial ou arbitral) objeto do pedido de reconhecimento³⁴⁴.

De fato, da análise da jurisprudência do STJ, denota-se que, em regra, o referido tribunal superior não adentra no mérito das sentenças arbitrais estrangeiras objeto de pedidos de reconhecimento.

Na HDE nº 1.914, julgado recentemente pelo STJ, o Ministro Relator BENEDITO GONÇALVES asseverou que, *“preenchidos os requisitos legais, impõe-se a homologação da sentença estrangeira, não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o exame de matéria pertinente ao mérito, salvo para, dentro de estreitos limites, verificar eventual ofensa à ordem pública e à soberania nacional”*³⁴⁵.

Também na HDE nº 120, sob a relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, o STJ deixou claro que *“o sistema de delibação adotado pelo ordenamento jurídico pátrio para a homologação de decisões estrangeiras exige que se observe apenas a obediência aos requisitos formais do processo, não se aprofundando em questões de mérito”*³⁴⁶.

Igualmente, na HDE nº 1.808, que teve por objeto o reconhecimento de sentença arbitral britânica que concluíra pela validade de cessão de crédito com base na documentação apresentada pelas partes e na legislação inglesa, o STJ afirmou que *“não é possível, em juízo de delibação, alterar o entendimento quanto à legitimidade ativa da cessionária, sob pena de invadir a competência do Tribunal Arbitral”*³⁴⁷.

Nesse sentido, pode-se classificar o processo de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira no ordenamento jurídico brasileiro como sendo de controle judicial limitado e concentrado em um único órgão³⁴⁸.

³⁴⁴ Segundo NADIA DE ARAUJO, *“apesar do sistema de homologação brasileiro basear-se em delibação formal, o STJ acaba analisando o mérito do pedido para verificar se não houve ofensa à ordem pública, aos bons costumes ou à soberania nacional”*. ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 520.

³⁴⁵ STJ, Corte Especial, HDE nº 1.914, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 05.06.2019.

³⁴⁶ STJ, Corte Especial, HDE nº 120, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18.12.2018.

³⁴⁷ STJ, Corte Especial, HDE nº 1.808, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 08.04.2019.

³⁴⁸ Sobre os diferentes modelos de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras (modelos de recusa, de autorização e de aplicabilidade imediata, ou direta): RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado. Saraiva: São Paulo, 2018, p. 466/470.

4.3.3. Quadro normativo aplicável.

A CNI não estabelece o procedimento aplicável por um país membro no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras³⁴⁹, relegando à legislação interna do Estado a regulação da matéria. Além disso, o *status* legal conferido aos tratados pode ser diferente entre os países. Sendo assim, é pertinente averiguar o quadro normativo aplicável ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil.

O quadro normativo aplicável no ordenamento jurídico brasileiro possui fontes externas e internas. Quanto às fontes externas, destacam-se os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, principalmente a CNI, à qual o Brasil aderiu em 2002, sem realizar quaisquer das reservas previstas no art. I, n. 3, da referida Convenção, a ensejar sua aplicação irrestrita ao reconhecimento de qualquer sentença arbitral estrangeira, independentemente se proferida, ou não, no território de outro Estado signatário³⁵⁰.

A discussão sobre a hierarquia dos tratados no Brasil é fonte constante de debate na doutrina e jurisprudência. O precedente de maior destaque na fase anterior à CF/1988 é o Recurso Extraordinário nº 80.004, julgado pelo STF, em 1977, sob a relatoria do Ministro CUNHA PEIXOTO. Nesse precedente, o STF consagrou o estatuto normativo interno dos tratados como sendo equivalentes à lei ordinária federal³⁵¹.

A CF do Brasil não contém capítulo sobre a relação do direito interno com o Direito Internacional e, conseqüentemente, dispositivos expressos sobre a hierarquia dos tratados, o que leva o intérprete, assim, à análise dos dispositivos espalhados no texto da CF para esclarecer o tema³⁵². Nessa seara, os dispositivos tradicionalmente levados em conta na análise da hierarquia dos tratados em geral são os arts. 102, III, “b”, 105, III, “a”, e 47 da CF³⁵³.

³⁴⁹ BÖRNER, Andreas. Article III [...] (2010), p. 120.

³⁵⁰ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado [...] (2003), p. 309.

³⁵¹ BRASIL. STF. RE nº 80.004. Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 01.06.1977.

³⁵² Exceções a esta regra, por expressa previsão constitucional, são “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros*”, equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da CF).

³⁵³ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado [...] (2018), p. 137.

O art. 102, III, “b”, dispõe que cabe recurso extraordinário no caso de ter a decisão impugnada considerado inconstitucional “*tratado ou lei federal*”. Já o art. 105, III, “a”, estabelece que cabe recurso especial ao STJ quando a decisão impugnada houver contrariado “*tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*”.

Por fim, o art. 47 estabelece que, no caso de a espécie normativa não possuir quórum de aprovação especificado no texto da Constituição, esse será de maioria simples, o que ocorre com o decreto legislativo e com lei ordinária federal.

Esses três dispositivos são invocados para a determinação da hierarquia dos tratados internacionais perante o direito brasileiro. Primeiramente, o art. 102, III, “b”, da CF determina que o estatuto dos tratados seja infraconstitucional, pois permite o controle de constitucionalidade dos tratados. Em segundo lugar, os arts. 47 e 105, III, “a”, colocam os tratados, em dois momentos, no mesmo patamar das leis: no quórum de aprovação (maioria simples para a lei e para o decreto legislativo), e na definição de um mesmo recurso (recurso especial) para a impugnação de decisões inferiores que os contrariarem ou lhes negarem vigência³⁵⁴.

O STF possui precedente claro sobre a hierarquia dos tratados em geral. Na Medida Cautelar em ADIN nº 1.480, o STF concluiu que, à exceção dos tratados sobre direitos humanos aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CF:

*“... tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa”*³⁵⁵.

O próprio STF, todavia, parece já ter se dado conta de que essa carga hierárquica interna de menor intensidade dos tratados pode aguçar o conflito em um mundo de ordens jurídicas plurais. Em decisão proferida no ano de 2009, o Ministro GILMAR MENDES reconheceu que:

³⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado [...] (2018), p. 137.

³⁵⁵ BRASIL. STF. Plenário. ADI nº 1.480-MC. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.09.1997.

“... parece estar evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais por meio de legislação ordinária (treaty override), inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e, sem sombra de dúvidas, precisa ser revista por essa Corte”³⁵⁶.

Enquanto o STF não muda de orientação, permanece no Brasil o chamado sistema do monismo moderado, no qual os tratados internacionais ratificados no país, em regra, têm equiparação hierárquica à lei ordinária federal, subordinando-se à CF e à aplicação do critério cronológico, em caso de conflito com norma superveniente.

Apesar deste sistema – o qual é criticado³⁵⁷ –, a CNI tem primazia sobre quaisquer leis federais no que se refere ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso se deve à preocupação consciente do legislador pátrio em incluir o art. 34 na Lei nº 9.307/1996, pelo qual *“a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”*.

A prevalência da CNI e de outros tratados apenas não ocorrerá se o requerente do reconhecimento pretender se valer de disposição mais favorável da Lei nº 9.307/1996, com base no art. VII, n. 1, da CNI, que prevê o princípio da máxima eficácia.

No caso da Lei nº 9.307/1996, os aspectos mais relevantes para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras estão previstos: (I) em seu art. 35, o qual (refletindo o art. 105, I, “i”, da CF) estabelece competir exclusivamente ao STJ o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras; e (II) em seu art. 36, o qual dispõe que se aplicam ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, no que forem compatíveis com a CNI

³⁵⁶ BRASIL. STF. AC nº 2.436 MC-PR (incidental ao RE nº 460.320). Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 03.09.2009.

³⁵⁷ Trata-se de sistema bastante criticado pela doutrina. Nesse sentido: CASELLA, Paulo Borba. Introdução: ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – internacionalização do Direito e relações entre direito internacional e Direito interno. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19/52.

e a Lei nº 9.307/1996, as regras previstas no CPC/2015 para o reconhecimento de decisões estrangeiras em geral³⁵⁸.

Também integrando o quadro normativo brasileiro sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, o novo Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105/2015 (“CPC/2015”), trata, entre seus arts. 21 a 41, da cooperação jurídica internacional, no que se destaca o seu art. 27, III, o qual dispõe que a cooperação jurídica internacional terá por objeto, entre outros propósitos, a “*homologação e cumprimento de decisão*”.

Já o art. 40 do CPC/2015 estatui que a cooperação jurídica internacional, no que toca à execução de decisão estrangeira, dar-se-á nas modalidades de homologação de sentença estrangeira e carta rogatória.

Os arts. 960 a 965 do CPC/2015, por sua vez, tratam, especificamente, “*da homologação de decisão estrangeira e da concessão de exequatur à carta rogatória*”, regras estas subsidiariamente aplicáveis à CNI e à Lei nº 9.307/1996, no que com estas forem compatíveis, diante do que prevê o art. 960, § 3º, do CPC/2015.

Dentre os dispositivos 960 a 965 do CPC/2015, vale menção ao art. 961, § 3º, pelo qual “*a autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira*”.

Trata-se da primeira lei ordinária brasileira a positivar a concessão de medidas de urgência no curso de processos de reconhecimento, seja de sentenças judiciais estrangeiras ou de sentenças arbitrais estrangeiras³⁵⁹. Desse modo, o credor titular de crédito consubstanciado em sentença arbitral estrangeira poderá, em qualquer estágio do processo de reconhecimento, preenchidos os devidos requisitos processuais, requerer ao STJ providências como o arresto de bens e ativos financeiros.

³⁵⁸ O art. 36 da Lei nº 9.307/1996 se refere ao “*disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil*”, fazendo alusão ao CPC/1973, revogado pela Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo CPC brasileiro. Desse modo, lendo-se o art. 36 da Lei nº 9.307/1996, deve-se interpretá-lo como que remetendo o intérprete ao art. 960 e seguintes do CPC/2015, que tratam “*da homologação de decisão estrangeira e da concessão de exequatur à carta rogatória*”.

³⁵⁹ CAMPOS MELO, Leonardo de. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras [...] (2016), p. 381/383.

Ao quadro normativo aplicável ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, cumpre adicionar, ademais, os arts. 216, “A” a “N”, do Regimento Interno do STJ, que regulam o procedimento aplicável no âmbito do referido tribunal.

Trata-se de incumbência do Presidente do STJ reconhecer a sentença arbitral estrangeira (art. 216-A). Porém, se for apresentada contestação pela requerida, após sua citação para responder o pedido de reconhecimento no prazo de 15 dias (art. 216-H), o processo é distribuído para julgamento pela Corte Especial do STJ (art. 216-K).

Havendo jurisprudência consolidada a respeito da matéria, o relator poderá decidir monocraticamente o pedido de reconhecimento (art. 216-K, parágrafo único), ou levá-lo a julgamento pela Corte Especial do STF, composta pelos 15 Ministros mais antigos do tribunal. O Ministério Público intervém no procedimento (art. 216-L).

O art. 216-D do RISTJ estabelece que, para ser reconhecida, a decisão estrangeira deverá (I) “*ter sido proferida por autoridade competente*”, (II) “*conter elementos que comprovem terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente verificada a revelia*”, e (III) “*ter transitado em julgado*”.

Não obstante o entendimento deste autor de que, a não ser sobre questões estritamente procedimentais, o RISTJ não é aplicável ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, não se enxerga descompasso entre as referidas exigências e a CNI.

Quanto à exigência de “*trânsito em julgado*”, conforme a doutrina de VICENTE GRECO FILHO, deve-se entender que a expressão diz respeito à coisa julgada formal³⁶⁰, isto é, à impossibilidade de modificação da sentença dentro do mesmo processo em que foi proferida. No caso da sentença arbitral, portanto, dentro do procedimento arbitral, a não ser que as partes tenham previsto, na convenção de arbitragem, a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário contra a sentença arbitral, ou a lei aplicável à arbitragem preveja tal recurso.

³⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 401.

Salvo estas hipóteses, a simples existência de ação anulatória na sede da arbitragem, na forma do art. 216-D, III, do RISTJ, não configurará óbice ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira.

No mesmo sentido, colha-se a lição de ARNOLDO WALD e VIVIAN MARQUES SALLES:

“O art. 216-D-III do Regimento Interno do STJ, por sua vez, não pode ser interpretado como contrário à Convenção de Nova Iorque, em razão da incontestável força de coisa julgada da sentença arbitral a partir do término da missão do Tribunal Arbitral. Mas, ainda que contradição houvesse, por constituir norma de inequívoco cunho infralegal, o art. 216-D-III do Regimento Interno do STJ jamais teria o condão de ampliar o rol taxativo do art. V da Convenção de Nova Iorque”³⁶¹.

Também no que se refere ao RISTJ, dispõe seu art. 216-F que *“não será homologada a decisão estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública”*. Também não se vê descompasso com a CNI nesse dispositivo, pois a soberania nacional e a dignidade da pessoa humana integram o conceito de ordem pública internacional, previsto no art. V, n. 2, “b”, da CNI.

Por fim, vale apontar que há julgados do STJ que, equivocadamente, aplicam a processos de reconhecimento os arts. 12 a 17 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – “LINDB”)³⁶².

Ocorre, todavia, que a Lei nº 9.307/1996 – cronologicamente posterior à LINDB e de inegável caráter especial quanto à matéria – dispõe expressamente que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no direito brasileiro (art. 34) e, na ausência desses tratados internacionais, estritamente de acordo com a Lei nº 9.307/96.

³⁶¹ WALD, Arnoldo; SALLES, Vivian Marques. Homologação de Sentença Estrangeira Anulada por Decisão Judicial no seu País de Origem. Sessenta Anos Depois da Convenção de Nova Iorque. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 868.

³⁶² A título de exemplo: BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC 12.041/CN. Rel. Min. Humberto Martins, j. em 07.12.2016; BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC 9.619/GB. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 04.05.2016; e BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC 4.024/GB. Rel. Min. Nancy Andrigli, j. em 07.08.2013.

Logo, não há espaço interpretativo a justificar a aplicação da LINDB ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras³⁶³, principalmente seu art. 15, “c”, o qual exige que, para ser executada no Brasil, a sentença estrangeira precisa “*ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida*”, o que não é exigido pela CNI.

Mais uma vez, vale a colação das lições de ARNOLDO WALD e VIVIAN MARQUES SALLES:

“De todo modo, sendo a Convenção de Nova Iorque instrumento com vocação para estabelecer um limite máximo de controle das sentenças arbitrais estrangeiras, deve-se interpretar que há primazia deste diploma com relação àqueles mais restritivos.

*Tal entendimento também poderia facilmente ser estendido ao art. 15(c) da LINDB, que impõe a mesma restrição do Protocolo de Las Leñas, mas a limitação imposta pela LINDB diz respeito apenas a decisões judiciais estrangeiras, não fazendo qualquer menção a sentenças arbitrais estrangeiras”*³⁶⁴.

As disposições da LINDB, por outro lado, aplicam-se a decisões judiciais estrangeiras, no que se pode incluir a decisão judicial estrangeira que porventura tenha anulado a sentença arbitral proferida no exterior. Desse modo, se o STJ viesse a analisar o reconhecimento, propriamente, da decisão judicial estrangeira que anulou a sentença arbitral, tal análise (de decisão judicial estrangeira) deveria se dar de acordo com a LINDB (regras de direito internacional privado no direito brasileiro).

Caso, hipoteticamente, fosse aplicável a LINDB ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada na origem, esta não poderia vir a ser reconhecida, já que não haveria possibilidade de sua “*execução no lugar em que foi proferida*”.

Não obstante o entendimento deste autor, mesmo em casos mais recentes perante o STJ, veem-se imprecisas menções à LINDB.

³⁶³ CAMPOS MELO, Leonardo de. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards [...] (2015), p. 378; e ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. Artigo I – a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre seu âmbito de aplicação. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53/82.

³⁶⁴ WALD, Arnoldo; SALLES, Vivian Marques. Homologação de Sentença Estrangeira Anulada ... [2019], p. 868.

Na HDE nº 1.914, o STJ registra que, no Brasil, as sentenças arbitrais estrangeiras são reconhecidas “*nos termos dos artigos 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 963 a 965 do Código de Processo Civil e artigos 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*”³⁶⁵.

A despeito de tais menções à LINDB, em esforço de sistematização, pode-se afirmar que o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é regido na seguinte ordem:

- (I) CNI e outros tratados, com primazia sobre todos os atos normativos internos, salvo no que a Lei nº 9.307/1996 for mais favorável;
- (II) Lei nº 9.307/1996, no que não for objeto de disciplina pela CNI, e no que for com esta última compatível;
- (III) subsidiariamente, por força de seu art. 960, § 3º, os arts. 960 e 965 do CPC/2015, no que forem compatíveis com a CNI e com a Lei nº 9.307/1996; e, enfim,
- (IV) regras estritamente de procedimento previstas no art. 216, “A” a “N”, do RISTJ, também apenas no que forem compatíveis com a CNI e com a Lei nº 9.307/1996, não sendo aplicável a LINDB³⁶⁶.

4.4. Convenções ratificadas pelo Brasil.

Além da CNI, específica sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a nível mundial, o Brasil é também signatário de outros tratados sobre cooperação judiciária internacional e arbitragem, especificamente no âmbito interamericano ou do MERCOSUL, os quais, entre outras matérias, também tratam do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras³⁶⁷.

³⁶⁵ BRASIL. STJ. Corte Especial. HDE nº 1.914. Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 05.06.2019.

³⁶⁶ CAMPOS MELO, Leonardo de. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras [...] (2016), p. 377.

³⁶⁷ O Brasil não aderiu à Convenção de Washington, de 1965.

São estes tratados, em ordem cronológica de internalização no ordenamento jurídico brasileiro:

(I) Convenção do Panamá.

Por meio do Decreto nº 1.902, de 09.05.1996, o Brasil aderiu à Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30.01.1975 (“Convenção do Panamá”), da qual fazem parte 18 países da América Latina, além dos EUA. Consiste em tratado que, replicando a CNI no âmbito interamericano, trata da validade da cláusula compromissória e do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

Quanto à sentença arbitral estrangeira anulada, o art. V, n. 1, “e”, da Convenção do Panamá não difere da CNI, dispondo que:

“somente poderão ser denegados o reconhecimento e a execução da sentença por solicitação da parte contra a qual for invocada, se esta provar perante a autoridade competente do Estado em que forem pedidos o reconhecimento e a execução: ... e) que a sentença não é ainda obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do estado em que, ou de conformidade com cuja lei, foi proferida essa sentença”.

Logo, a mesma discussão interpretativa aplicável ao art. V, n. 1, “e”, da CNI também vale para o art. V, n. 1, “e”, da Convenção do Panamá.

(II) Protocolo de Las Leñas.

Através do Decreto nº 2.067, de 12.11.1996, o Brasil aderiu ao Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (“Protocolo de Las Leñas”), do qual fazem parte também Argentina, Paraguai e Uruguai.

Consiste em tratado que aborda, de uma forma geral, a cooperação jurisdicional entre os referidos países, membros efetivos do MERCOSUL, e também prevê regras para o reconhecimento de sentenças judiciais e arbitrais proferidas em algum dos países signatários.

Segundo o art. 20, “e”, do Protocolo de Las Leñas, “*as sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições: ... e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada*”.

Admitindo-se a aplicação do Protocolo de Las Leñas, portanto, a uma sentença arbitral estrangeira proferida na Argentina, no Paraguai ou no Uruguai, e anulada pela respectiva autoridade competente desses países, não poderia ser reconhecida pelo STJ, no Brasil. Isso porque, uma vez anulada na origem, a sentença arbitral estrangeira não terá “*executoriedade no Estado em que foi ditada*”.

Além disso, o Protocolo de Las Leñas utiliza a antiquada expressão “*força de coisa julgada*”, a estimular o entendimento de que, para ter executoriedade, a sentença arbitral estrangeira precisaria de *exequatur* pela autoridade competente do país em que proferida.

(III) Convenção de Montevidéu.

Mediante o Decreto nº 2.411, de 02.12.1997, o Brasil promulgou a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, concluída em Montevidéu em 08.05.1979 (“Convenção de Montevidéu”).

Trata-se de tratado aplicável no âmbito dos países membros da Organização dos Estados Americanos (“OEA”), visando à circulação de sentenças judiciais e arbitrais proferidas em processos cíveis, comerciais ou trabalhistas em um dos Estados partes.

Segundo o art. 2, “g”, da Convenção de Montevidéu, “*as sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiras a que se refere o artigo 1 terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes, se reunirem as seguintes condições: ... se tiverem o caráter de executáveis ou, conforme o caso, se tiverem passado em julgado no Estado em que houverem sido proferidas*”.

Diferentemente do Protocolo de Las Leñas, a Convenção de Montevideu não fala em executoriedade “*no Estado em que foi ditada*”, mas apenas em “*caráter de executáveis*”.

Além disso, a ressalva “*conforme o caso*”, constante do art. 2, “g”, parece justamente se referir à hipótese de reconhecimento de sentença arbitral, já que o comando desse dispositivo se dirige indistintamente a sentenças judiciais e arbitrais. Assim, ao incluir este “*conforme o caso*”, a Convenção de Montevideu visa a evitar repetir o sistema da Convenção de Genebra de 1927, que previa a necessidade de homologação prévia da sentença arbitral no país de origem.

(IV) Protocolo de Buenos Aires.

Por fim, através do Decreto nº 6.891, de 02.07.2009, o Brasil promulgou o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (“Protocolo de Buenos Aires”). Com efeito, trata-se de repromulgação do Protocolo de Las Leñas, porém, com a inclusão de dois Estados associados ao MERCOSUL: Chile e Bolívia.

Identicamente ao art. 20, “e”, do Protocolo de Las Leñas, o art. 20, “e”, do Protocolo de Buenos Aires estabelece que “*as sentenças e os laudos arbitrais a que se referem o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições: ... e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada*”.

Assim, admitindo-se a aplicação do Protocolo de Buenos Aires (assim como o Protocolo de Las Leñas), a sentença arbitral anulada não poderia ser reconhecida pelo STJ, já que não terá “*executoriedade no Estado em que foi ditada*”.

4.5. Art. V, n. 1, “e” da CNI vs. art. 20, “e”, do Protocolo de Las Leñas e art. 20, “e”, do Protocolo de Buenos Aires.

Enquanto o art. V, n. 1, “e”, da CNI confere margem interpretativa para o reconhecimento, ou não, da sentença arbitral estrangeira anulada na sede da arbitragem, os arts. 20, “e”, do Protocolo de Las Leñas e do Protocolo de Buenos Aires são claros em obstar o reconhecimento em casos tais.

Haja vista que o Brasil não realizou qualquer reserva de reciprocidade ao ratificar a CNI, não há como o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, no Brasil, não estar abarcada pela CNI.

De todo modo, todos os países membros do Protocolo de Las Leñas e do Protocolo de Buenos Aires também são signatários da CNI. Nesse cenário, a existência de vários tratados (todos com a mesma posição de lei infraconstitucional no Brasil) versando sobre o mesmo objeto impõe que se faça uso das regras sobre conflito temporal previstas no art. 2º da LINDB, segundo o qual:

“Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

A CNI foi ratificada pelo Brasil em 2002, posteriormente à adesão do Brasil ao Protocolo de Las Leñas, em 1996. Logo, não há dúvida de que, entre o art. 20, “e”, do Protocolo de Las Leñas e o art. V, n. 1, “e”, da CNI, deve prevalecer este último (*lex posterior derogat legi priori*).

Conforme apontam ARNOLDO WALD e VIVIAN MARQUES SALLES:

“Percebe-se, portanto, que o requisito estabelecido pelo art. 20(e) do Protocolo de Las Leñas disciplina hipótese de restrição à homologação de uma sentença arbitral estrangeira que não é prevista na CNI. Como, no entanto, a Convenção de Nova Iorque foi promulgada no Brasil seis anos após a promulgação do Protocolo de Las Leñas e é específica na matéria, as disposições conflitantes deste diploma foram automaticamente revogadas”³⁶⁸.

Questão mais difícil, todavia, fica a cargo do Protocolo de Buenos Aires, eis que promulgado, no Brasil, em 2009, posteriormente à adesão desse país à CNI, ocorrida em 2002.

Não obstante, tampouco se pode falar em aplicação do art. 20, “e”, do Protocolo de Buenos Aires. Isso porque o Protocolo de Buenos Aires (que replica o Protocolo de Las Leñas) se trata de tratado geral sobre o tema cooperação e assistência jurídica internacional no âmbito do MERCOSUL, enquanto a CNI aborda, especificamente, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

A CNI, no Brasil, consiste em lei especial na matéria de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, devendo, por isto – seja sob a ótica do art. 2º da LINDB, seja sob a ótica dos arts. 30 e 59 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030/2009 –, prevalecer sobre convenções regionais gerais versando sobre cooperação jurídica internacional, mesmo que internalizados posteriormente à CNI no ordenamento jurídico brasileiro³⁶⁹.

A especialidade territorial do Protocolo de Buenos Aires também não pode se sobrepor à especialidade da matéria da CNI, eis que os princípios da temporalidade e da especialidade não se aplicam a casos em que os tratados conflitantes emanem de diferentes fontes de produção normativa³⁷⁰.

³⁶⁸ WALD, Arnoldo; SALLES, Vivian Marques. Homologação de Sentença Estrangeira Anulada ... [2019], p. 867.

³⁶⁹ Em sentido contrário: BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula no Local Onde Proferida. Revista Brasileira de Arbitragem, Revista Brasileira de Arbitragem, vol. X, n. 37, 2013, p. 16/18. “A Convenção de NY, de caráter geral e posterior à Lei de Arbitragem e à Convenção do Panamá, não contém antinomias com nenhuma dessas normas, nem como o Protocolo de Las Leñas. As disposições deles não são contraditórias. A Convenção de NY, por ser mais geral do que o Protocolo de Las Leñas, só se aplica onde este não vige” (p. 16). “Seja pela aplicação do art. 2º da LICC ou pela aplicação dos arts. 30 e 59 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 (‘Convenção de Viena’), o Protocolo de Las Leñas permanece em vigor no tocante às regras relativas à homologação de sentenças arbitrais” (p. 18).

³⁷⁰ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94/96.

No caso, a CNI foi celebrada no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), ao passo que o Protocolo de Las Leñas e o Protocolo de Buenos Aires são tratados do MERCOSUL.

Vale acrescentar que o próprio Protocolo de Buenos Aires estabelece, em seu art. 33, que *“o presente Acordo não restringirá as disposições das Convenções que, sobre a mesma matéria, tiverem sido assinadas anteriormente entre os Estados Partes, desde que sejam mais benéficas para a cooperação”*.

Nesse contexto, ainda que proferida em país membro do Protocolo de Las Leñas ou do Protocolo de Buenos Aires, a sentença arbitral estrangeira anulada na origem deverá ter seu pedido de reconhecimento analisado, perante o STJ brasileiro, à luz do disposto no art. V, n. 1, “e”, da CNI, não se podendo exigir *“que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada”*.

No Brasil, assim, a questão do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada precisa ser verificada à luz do art. V, n. 1, “e”, da CNI e de sua lei interna, não obstante o pedido de reconhecimento ter por objeto sentença arbitral abarcada pelo Protocolo de Las Leñas ou pelo Protocolo de Buenos Aires.

4.6. Art. V, n. 1, “e”, da CNI vs. Art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996.

Se, no Brasil, a hipótese do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira na sede da arbitragem deve ser analisada à luz do art. V, n. 1, “e”, da CNI, é imperioso verificar se, no sistema jurídico interno brasileiro, haveria norma mais favorável do que o referido dispositivo da CNI.

Em teoria, o art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996 é mais favorável do que o art. V, n. 1, “e”, da CNI. Na prática, porém, não há diferença. Estabelece o art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996 que:

“... somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: ... VI – a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada”.

Sobre o dispositivo ora em tela, é válido ressaltar que o STJ tem jurisprudência sedimentada no sentido de que o mero ajuizamento de ação anulatória pela requerida não obsta o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, o que pode ser visto da SEC nº 611³⁷¹, SEC 894³⁷² e SEC 4.837³⁷³.

Neste último, concluiu o STJ que *“é de ser afastado o argumento no sentido de que a sentença de arbitragem está com a sua execução suspensa, em razão da interposição de recurso de nulidade, porquanto, em consonância com o artigo 28,6 do citado Regulamento, as partes se obrigam a cumprir o laudo de arbitragem, renunciando a todos os recursos a serem protocolados”.*

Além disso, como se vê, o art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996 prevê apenas como recusa ao reconhecimento a sentença arbitral que *“tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada”*, suprimindo, inteligentemente³⁷⁴, a hipótese de a sentença ter sido anulada ou suspensa por autoridade competente do país conforme a lei do qual tenha sido proferida, como prevê o art. V, n. 1, “e”, da CNI.

Nesse sentido, por aplicação do princípio da máxima eficácia insculpido no art. VII, n. 1, da CNI, somente a sentença anulada ou suspensa por autoridade competente do país onde a sentença arbitral tenha sido proferida constituirá, no Brasil, um fundamento de recusa, na forma do art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996³⁷⁵.

³⁷¹ BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC nº 611. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 23.11.2006

³⁷² BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC nº 894. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.08.2008.

³⁷³ BRASIL. STJ. Corte Especial. SEC nº 4837. Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 15.08.2012.

³⁷⁴ VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention and its application by Brazilian [...] (2013), p. 43.

³⁷⁵ CAMPOS MELO, Leonardo de. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards [...] (2015), p. 53.

Trata-se, contudo, apenas de regra mais favorável na teoria, eis que a anulação por autoridade do país conforme a lei do qual a sentença arbitral tenha sido proferida consiste em “letra morta” na CNI, sendo raramente admitida pelas legislações nacionais, e ainda mais raramente é utilizada pelas partes³⁷⁶.

Resta saber, então, como a doutrina brasileira interpreta o art. V, n. 1, “e”, da CNI e o art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996, que, no que se refere ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira anulada por autoridade competente da sede da arbitragem, têm disposições análogas.

4.7. Perspectivas doutrinárias.

4.7.1. Contra a possibilidade de reconhecimento.

Na doutrina brasileira, não há adesão à teoria deslocalizadora radical, isto é, à ideia de que a anulação da sentença arbitral na origem não teria importância no que toca ao seu reconhecimento em outro país.

A doutrina brasileira, na verdade, divide-se entre: (I) os que se opõem inteiramente à possibilidade de reconhecimento; e (II) os que entendem que, em determinadas circunstâncias, é possível reconhecer a sentença arbitral estrangeira anulada na origem.

Entre os autores totalmente contrários à possibilidade de reconhecimento, destacam-se as lições de FRANCISCO REZEK³⁷⁷ e LUIZ OLAVO BAPTISTA³⁷⁸, respectivamente abaixo expostas³⁷⁹.

³⁷⁶ Trata-se de hipótese que pode ser desconsiderada do plano de aplicação da CNI, tendo correspondido aos casos “deslocalização geográfica” da arbitragem, que teve algum suporte legal nos antigos direitos francês, alemão e inglês, porém, hoje já não existe. CAMELO, Antonio Sampaio. O reconhecimento e execução ... [...] (2016), p. 181.

³⁷⁷ “Não. O direito brasileiro, integrado pelo direito internacional que se nos impõe sobre a matéria, não admite a homologação de sentença arbitral anulada pela Justiça do país em que foi proferida”. REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada em foro judiciário. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, 2016, p. 175.

³⁷⁸ “Não. Como vimos, de acordo com a legislação aplicável no Brasil, que compreende a Convenção de Nova York, o Protocolo de Las Leñas e a Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional, a sentença anulada em seu país de origem não é passível de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça”. BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula [...] (2013), p. 27.

³⁷⁹ Alinhados com o entendimento dos autores ora citados: (I) GASPAR, Renata Alvares. Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. São Paulo: Atlas, 2009, p. 184 – “Ainda sob o risco de que tais posições adotadas neste livro sejam adjetivadas de conservadoras, o certo é que, da forma como estão desenhados os sistemas jurídicos, dentro de um diálogo legal e legítimo, entre a LBA e a CNY/58, o laudo arbitral estrangeiro anulado no país de origem ou pelas autoridades judiciais da sede convencional da arbitragem não pode ser, pelo menos desde uma perspectiva teórica, reconhecido no Brasil, sob pena de que, uma postura contrário, sem as devidas mudanças legislativas –

Na visão de FRANCISCO REZEK, a CNI efetivamente impõe – e não faculta – que o pedido de reconhecimento da sentença arbitral anulada na origem seja indeferido, entendimento que, segundo o referido autor, estaria em linha com os arts. 32, 33.3 e 33.4 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados³⁸⁰, pelos quais:

“Artigo 32 – Meios Suplementares de Interpretação:

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou*
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado”.*

“Artigo 33 – Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas:

...

- 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.*
- 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos”.*

convencional ou autônoma –, abriria um precedente importante e sumamente perigoso, que poderia colocar em risco a cooperação internacional, especificamente no que tange à livre circulação de decisões estrangeiras, sejam elas judiciais ou arbitrais”; (II) CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo [...] (2009), p. 474 – “Anulada a sentença arbitral (no país de origem), bastará a produção de tal prova pelo réu para que a homologação seja denegada”; (III) SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 261 – “Sempre que a sentença arbitral ainda não for dotada de exigibilidade no país de sua origem, a par de entendimentos em sentido contrário, entendemos que não poderá ser homologado entre nós”; (IV) CAHALI, José Francisco. Curso de arbitragem, mediação e conciliação. São Paulo: RT, 2011, p. 371 – “Semelhantemente, o art. 38, VI, de nossa Lei estatui como causa da improcedência o fato de que a ‘a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada’. Trata-se de previsão bastante polêmica no âmbito internacional, mas condizente com a noção de que a homologação significa a extensão da eficácia da decisão estrangeira ao território nacional. Se essa eficácia está comprometida, adequado obstar-se a homologação”; (V) CRETELLA NETO, José. Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 214/215 – “Da mesma forma, se a sentença tiver sido anulada no país em que proferida, ou tenha sido suspensa pelo Poder Judiciário, veda a lei brasileira a que seja homologada”; e (VI) CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 183 – “Da mesma forma, se a sentença arbitral tiver sido anulada, ou tiver sido suspensa por órgão do Poder Judiciário do lugar da sua prolação, não terá eficácia bastante para ser homologada noutro país, devendo esta ser negada até que se comprove poder a sentença ser executada”.

³⁸⁰ REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada [...] (2016), p. 170/171.

Segundo REZEK, a própria CCI, no momento de sugerir o anteprojeto da CNI, utilizou a expressão “*shall be refused*”, ao invés de “*may be refused*”, de modo que a evolução buscada pela CNI não teria sido no sentido de permitir a desconsideração da anulação da sentença arbitral na origem, e sim apenas evitar o duplo *exequatur* que existia no Protocolo de Genebra de 1927, entre outras melhorias³⁸¹.

REZEK também argumenta que o art. VI da CNI fala na possibilidade de que o foro de reconhecimento suspenda a apreciação do pedido de reconhecimento, quando for provada a existência de pedido de anulação da sentença arbitral na origem.

Segundo o referido autor, se o art. V, “e”, da CNI exprimisse uma faculdade, não faria sentido aguardar o desfecho da ação anulatória, já que seria possível dar continuidade ao processo de reconhecimento independentemente do resultado da ação anulatória.

Para REZEK, o art. VI da CNI prova a imperatividade do art. V, “e”, não havendo como abonar a sentença arbitral declarada nula na origem, eis que a propositura da ação anulatória justifica, por si só, a suspensão do pedido de reconhecimento³⁸².

Ainda, REZEK afirma que não há no quadro normativo do MERCOSUL, em qualquer outra norma convencional vinculante do Brasil, ou na legislação interna, algo de que possa se socorrer a parte interessada no reconhecimento da sentença arbitral anulada, com base no art. VII, n. 1, da CNI.

Conforme o referido autor, o regramento jurídico interno brasileiro insiste no pressuposto de que a sentença estrangeira objeto do reconhecimento seja definitiva, válida e, portanto, executória³⁸³.

³⁸¹ REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada [...] (2016), p. 171.

³⁸² REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada [...] (2016), p. 171.

³⁸³ REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada [...] (2016), p. 172 e 176. “Nada, entretanto, rigorosamente nada em nosso ordenamento doméstico – Lei de Introdução ao Código Civil, art. 15, 2; Regimentos Internos, outrora do Supremo, hoje do Superior Tribunal de Justiça – ou naquele de matriz internacional que vincula o Brasil – Tratado de Assunção e subsequentes no âmbito do Mercosul, tratados continentais, sub-regionais e bilaterais em geral –, nada existe nesse universo normativo, a que a Convenção de Nova Iorque abre espaço preferencial, que não seja marcado por uma disciplina equivalente, quando não mais rigorosa, que aquela da própria Convenção”.

Para REZEK, deve-se admitir que a sentença arbitral proferida no exterior e lá desconstituída nada resulta e nada produz de concreto no Brasil. Isso porque, até sua internalização no mundo jurídico nacional, a sentença arbitral é uma desconhecida para o direito brasileiro.

REZEK frisa que o procedimento arbitral é regido, essencialmente, pela autonomia da vontade, não havendo como desprezar a livre opção das partes pela arbitragem e, no quadro desta, a respectiva escolha, em comum: do árbitro; da lei material aplicável; da sede da arbitragem; e, logo: do foro judiciário competente para apoiar o árbitro nos atos coercitivos que escapem dos limites de sua autoridade ao longo do procedimento arbitral, e também para decidir sobre a validade da sentença arbitral acaso contestada pelas mesmas partes.

Assim sendo, tendo as partes na convenção de arbitragem se valido de tal liberdade que inspira a autonomia da vontade, têm elas responsabilidade pelas decisões e opções por ela deliberadas³⁸⁴.

Em sentido análogo, LUIZ OLAVO BAPTISTA possui o entendimento de que, na forma do art. 216-D, III, do RISTJ, para poder ser reconhecida no Brasil, a sentença arbitral estrangeira teria, forçosamente, que ter transitado em julgado no lugar em que foi proferida, aspecto que não deverá ser examinado pelo STJ à luz do direito brasileiro, e sim na ótica do Estado de onde a sentença arbitral é originária.

Na visão de BAPTISTA, como é curial, só transita em julgado uma sentença que não foi declarada nula, já que, declarada a sua nulidade, a sentença não produz efeito algum³⁸⁵.

Segundo BAPTISTA, em princípio, não há restrições aos motivos que ensejaram a anulação da sentença arbitral pela autoridade competente no local onde foi proferida. Tais motivos não precisariam coincidir com os fundamentos previstos no art. V da CNI, ou no direito do Estado onde se pretende o reconhecimento (no caso do Brasil, art. 32 da Lei

³⁸⁴ REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada [...] (2016), p. 174/175.

³⁸⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula [...] (2013), p. 14.

nº 9.307/1996). Não obstante a razão invocada pelo juiz do processo estrangeiro para anular a sentença arbitral, deve o reconhecimento ser rejeitado³⁸⁶.

Na visão de BAPTISTA, a CNI visa a facilitar a circulação de sentenças arbitrais, porém, não visa a tornar tal circulação irrestrita, e tanto seria assim que o art. V da CNI restringe *numerus clausus* as hipóteses de denegação de reconhecimento, obrigando o reconhecimento em todos os demais casos³⁸⁷.

Nesse sentido, BAPTISTA avalia que a análise comparada das versões oficiais da CNI, conforme determina o art. 33 da Convenção de Viena, só pode levar à conclusão de que o tribunal do reconhecimento não tem a faculdade de escolher se denegará, ou não, o reconhecimento a uma sentença arbitral, caso ocorra uma das hipóteses previstas no art. V da CNI³⁸⁸.

Para BAPTISTA, do ponto de vista jurídico, é forçoso reconhecer que a alegada discricionariedade do juízo de reconhecimento em relação à sentença arbitral estrangeira anulada na origem erigiria o juízo de reconhecimento à figura de um tribunal de cassação das decisões judiciais de outros países, o que constituiria um desrespeito à soberania alheia, não se encaixaria nos usos e costumes do direito internacional e, o que mais importa, não se coadunaria com o sistema do juízo de delibação³⁸⁹.

BAPTISTA entende também que, uma vez estando a sentença arbitral estrangeira abarcada pelo Protocolo de Las Leñas, esse tratado impõe, em seu art. 20, “e”, que o reconhecimento seja negado, possuindo lógica o dispositivo em exame para o referido autor, pois não se pode reconhecer o que não existe (*ex nihilo nihil fit*)³⁹⁰.

Concluindo seu posicionamento, BAPTISTA critica a “teoria da deslocalização”. Primeiramente, pela incerteza que tal teoria gera com relação ao valor conferido à sentença arbitral no lugar em que foi prolatada.

³⁸⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula [...] (2013), p. 18.

³⁸⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula [...] (2013), p. 19.

³⁸⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula [...] (2013), p. 19.

³⁸⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula [...] (2013), p. 20.

³⁹⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula [...] (2013), p. 23.

Em segundo lugar, pelo risco de gerar decisões contraditórias (por exemplo, sentença arbitral anulada no país de origem, reconhecida em um segundo país, e tendo o *exequatur* rejeitado em um terceiro Estado), incentivando a parte interessada no reconhecimento a postular, de país em país, para tentar conseguir o *exequatur* em algum deles (*forum shopping*)³⁹¹.

4.7.2. A favor, em alguma medida, do reconhecimento.

Entre os adeptos, em alguma medida, à possibilidade de reconhecimento, estão ADRIANA BRAGHETTA³⁹², LAURO GAMA E SOUZA JR.³⁹³ e ELLEN GRACIE³⁹⁴, cujas lições são, respectivamente, abaixo evidenciadas³⁹⁵.

³⁹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula [...] (2013), p. 26.

³⁹² BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil. Renovar: Rio de Janeiro, 2010, p. 238/239 – “*Se uma sentença anulatória contiver um julgamento viciado e tendencioso, viola a ordem pública do Estado receptor e por isso não pode ser recebida, quando, então, o laudo anulado poderá, excepcionalmente, ser reconhecido. Trata-se de exceção ao sistema, devendo o requerente fazer prova de que a anulação viola a ordem pública do país receptor*”.

³⁹³ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) – recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273 – “*Em casos que tais, verificado o ‘abuso’, a jurisdição de acolhimento do laudo estrangeiro deve estancar a patologia, negando eficácia à sentença estrangeira anulatória do laudo arbitral, e permitir o reconhecimento do laudo estrangeiro*”.

³⁹⁴ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 – legal opinion. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 35, 2012, p. 295 – “*Pode ser desconsiderada pela jurisdição do reconhecimento a sentença anulatória de laudo arbitral que flagrantemente tenha excedido a função de controle primário sobre o procedimento e composição do tribunal arbitral que é outorgada à jurisdição do Estado-sede da arbitragem; que se haja substituído ao laudo arbitral na solução de mérito da controvérsia; ou que denote ausência de isenção do tribunal nacional, seja em razão de indevida ingerência política, pressão da opinião pública em momento de grande comoção nacional ou de qualquer outra causa que lhe retire a indispensável independência para julgar*”.

³⁹⁵ No mesmo sentido dos autores ora em destaque: (I) WALD, Arnoldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela justiça local no país da sede da arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. Arbitragem: temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 71/72 – “*No direito brasileiro, haverá, pois, discricionariedade no sentido do art. V(1)(e) da Convenção de Nova Iorque e do art. 38, caput e inciso VI, da Lei de Arbitragem, adotando-se posição similar àquela das cortes holandesas no caso Yukos. Neste sentido, prevalecerá uma forma pragmática e ética fundada no direito internacional privado, através da qual, na hipótese de contrariedade à ordem pública internacional, o Judiciário brasileiro negar-se-á a reconhecer os efeitos da sentença anulatória e homologará, se for o caso, a sentença arbitral*”; (II) CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 9, 2006, p. 250/251 – “*Por isso, a ineficácia do laudo arbitral anulado parece ser tecnicamente a solução mais acertada. A menos que se entenda que a própria anulação – seja por seu fundamento, seja pelo processo que a ela levou – fira a ordem pública internacional do foro. Nesses raros casos, talvez se possa sustentar a homologação da sentença arbitral*”; (III) NASSER, Rabi A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral anulada na sede. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 53, 2017, p. 45 – “*Parece-nos plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, e com o destaque que ele confere às convenções internacionais no tratamento da matéria, que se admita – ainda que excepcionalmente – a homologação de sentença arbitral estrangeira, mesmo que tenha sido anulada na sede. Por isso, acreditamos que é positiva a resposta à pergunta ‘sentença arbitral estrangeira anulada na sede pode, em alguma hipótese, ser reconhecida e homologada (para depois ser executada) no Brasil?’*”; (IV) LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas: uma análise a partir da SEC 5.782 do STJ. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49, 2016, p. 50 – “*... parece-nos que a lei é clara, e atribui ao STJ uma faculdade de não homologar uma sentença anulada, não um dever*”; e (V) ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Atlas: São Paulo, 2008, p. 182/183 – “*Não se pode levá-la ao extremo absurdo de permitir que decisões judiciais estrangeiras ofensivas, por exemplo, à ordem pública nacional – pense-se na anulação do laudo arbitral em processo ao qual o réu não foi chamado a defender-se, ou sob o argumento de a arbitragem ter sido conduzida por mulheres, ou por seguidores de determinada religião – produzam os efeitos da norma dos arts. V, nº 1, “e”, e 38, inc. VI*”. Também vale conferir a posição dos seguintes juristas portugueses: (I) CAMELO, Antonio Sampaio.

ADRIANA BRAGHETTA expõe sua posição afirmando que, não obstante a arbitragem internacional ter atingido um alto grau de autonomia, exceção deve ser feita em relação ao sistema de controle da sentença arbitral na sede, cuja decisão anulatória, em regra, deve ter efeitos internacionais.

Segundo BRAGHETTA, tenham ou não vínculos com a sede, foram as partes que a escolheram como elemento de controle da sentença arbitral, de modo que, independentemente das condições de anulação, o papel de coordenação da sede no controle da sentença arbitral internacional não deve ser desprezado, fazendo-se necessário preservar o papel jurídico da sede porque o controle primário que lá se dá é simples e útil à coordenação do sistema internacional³⁹⁶.

Todavia, BRAGHETTA admite três exceções a essa regra: (I) caso se esteja no âmbito da Convenção Europeia de 1961; (II) caso se esteja no âmbito de aplicação de tratado ou lei mais benéfica (como é o caso da França); e (III) caso a decisão anulatória viole a ordem pública do país onde se busca o reconhecimento³⁹⁷.

Em relação a esta última exceção, BRAGHETTA entende que a sentença arbitral deverá prevalecer caso a decisão judicial anulatória não seja passível de reconhecimento e homologação no Judiciário receptor da sentença arbitral anulada, como, por exemplo, no caso em que a decisão anulatória tenha sido proferida por um Judiciário não isento e democrático, geralmente quando a parte perdedora é o próprio Estado e a sede da arbitragem é no seu país.

O reconhecimento e execução ... [...] (2016), p. 201 – “... mantemos a adesão à orientação maioritária, que preconiza que o tribunal ao qual se pede o reconhecimento da sentença arbitral anulada no Estado em que foi proferida acate, em princípio, essa decisão anulatória, só devendo afastar tal deferência de princípio quando isso resulte em violação da ‘ordem pública internacional’ de que este tribunal é guardião”; (II) BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010, p. 721 – “Na verdade, o Estado português pode estar vinculado a aceitar a decisão anulatória de um Estado estrangeiro, mas não de uma qualquer decisão anulatória, pois se esta violar manifestamente a ordem pública internacional do Estado português, não faz sentido acatá-la contra uma sentença arbitral estrangeira válida e reconhecível à face da lei portuguesa”; (III) PINHEIRO, Luís de Lima. O Reconhecimento de Decisões Arbitrais Estrangeiras ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque – Perspectiva Atual. In: MENEZES CORDEIRO, António. Arbitragem Comercial: Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2019, p. 685 – “Ressalva-se a hipótese excepcional de a anulação da decisão arbitral no país de origem ser contrária à ordem pública internacional do Estado de reconhecimento, caso em que a anulação não deve impedir o reconhecimento da decisão arbitral”.

³⁹⁶ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem [...] (2010), p. 234 e 239.

³⁹⁷ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem [...] (2010), p. 236/237.

Ou seja, quando o Judiciário local é tendencioso e controlado pelo Estado prejudicado pela sentença arbitral. BRAGHETTA avalia que, em casos tais, há, de fato, uma exceção ao sistema do efeito internacional do controle primário da sede³⁹⁸.

Segundo BRAGHETTA, não se pode olvidar que, quando o requerente busca o reconhecimento de uma sentença arbitral anulada, busca também, em verdade, que não se homologue a decisão judicial anulatória do país da sede.

O Judiciário receptor procederá a uma análise conjunta dos dois atos: sentença arbitral anulada e decisão judicial anulatória (até porque, se uma parte iniciar procedimento de reconhecimento da sentença arbitral, a outra solicitará o da sentença anulatória)³⁹⁹.

Nessa esteira, BRAGHETTA conclui que, se a decisão anulatória contiver um julgamento viciado e tendencioso, violará a ordem pública do Estado receptor e, assim, não poderá ser recebida, quando, então, a sentença arbitral anulada, excepcionalmente, poderá ser reconhecida.

BRAGHETTA, porém, frisa que se trata de exceção ao sistema, devendo o requerente fazer prova de que a anulação na origem viola a ordem pública do país receptor, ressaltando, também, que a análise deverá ser muito criteriosa pelo juízo receptor, visando a evitar a circulação de duas sentenças arbitrais que terão tratamento diferenciado em diversos países, como ocorreu nos Casos Hilmarton e Putrabali⁴⁰⁰.

Em sentido análogo, LAURO GAMA E SOUZA JR. entende que, em um mundo ideal, o controle primário da sentença arbitral deve observar não apenas os parâmetros legais vigentes no Estado de origem, como também os padrões de razoabilidade e proporcionalidade aceitos internacionalmente.

³⁹⁸ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem [...] (2010), p. 237/238.

³⁹⁹ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem [...] (2010), p. 238.

⁴⁰⁰ BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem [...] (2010), p. 238/239.

LAURO GAMA exemplifica tal afirmação por meio dos motivos de anulação da sentença arbitral previstos na Lei Modelo da UNCITRAL, que já nasceram harmonizados com os fundamentos de recusa previstos no art. V, n. 1, “a” a “d”, da CNI.

Para LAURO GAMA, é preciso deixar de lado motivos extravagantes de anulação, tal como o *manifest disregard of the law* do direito norte-americano, pois, somente assim, a decisão resultante do controle primário poderá ser honrada em todos os demais Estados, notadamente naqueles países onde se busque o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira⁴⁰¹.

Na prática, porém, LAURO GAMA ressalta que o controle secundário assume caráter patológico quando o Estado de recepção: (I) opta por reconhecer sentença arbitral regular e legitimamente anulada na origem; ou (II) recusa reconhecimento à sentença arbitral anulada de forma abusiva na origem⁴⁰².

LAURO GAMA advoga contra uma reforma da lei brasileira que, como base no princípio da máxima eficácia, visasse a extinguir a nacionalidade das sentenças que se destinam a gerar efeitos extraterritoriais e a suprimir o papel da sede no controle da sentença arbitral estrangeira. Para LAURO GAMA, tal ideia não se coadunaria com o firme espírito territorialista da CNI, que se traduz na vinculação da sentença arbitral a determinada jurisdição territorial⁴⁰³.

O que LAURO GAMA não admite é o “abuso”, pelo tribunal de origem, dessa ligação com a sentença arbitral, de modo que a decisão anulatória fundada em conceito fluído da ordem pública, em motivos fúteis ou politicamente determinados tenha efeitos extraterritoriais e obstativos da circulação internacional da sentença arbitral.

⁴⁰¹ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) [...] (2013), p. 257/259.

⁴⁰² SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) [...] (2013), p. 259. “Na prática, o controle secundário assume caráter patológico quando o Estado de recepção: (i) opta por reconhecer sentença arbitral regular e legitimamente anulada no país de origem; ou (ii) recusa o reconhecimento de sentença arbitral anulada de forma abusiva no país de origem. Em situações que tais, emerge o confronto entre as correntes autonomista e territorialista da arbitragem comercial internacional”.

⁴⁰³ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) [...] (2013), p. 272/273.

Em casos como tais, verificado o “abuso”, LAURO GAMA entende que a jurisdição de acolhimento da sentença arbitral estrangeira deve estancar a patologia, negando eficácia à decisão estrangeira anulatória da sentença arbitral, e permitindo o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira⁴⁰⁴.

Concluindo sua posição, LAURO GAMA afirma que a harmonização entre as hipóteses de invalidade e de não reconhecimento da sentença arbitral talvez seja a solução definitiva para evitar os problemas gerados pelo reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas na sede, prestigiando, nesse sentido, a proposta outrora formulada por ALBERT JAN VAN DEN BERG, inspirada na Convenção Europeia de 1961, pela qual a recusa de reconhecimento somente seria possível quando as decisões anulatórias estiverem pautadas em padrões internacionais.

Na visão de LAURO GAMA, o STJ deveria interpretar e aplicar a CNI com base na referida proposta, a qual seria capaz de evitar a subserviência cega à autoridade do controle primário, ao mesmo tempo em que honraria com a obrigação internacional de reconhecimento da sentença arbitral, tudo isto sem partir para a ideia de deslocalização⁴⁰⁵.

Também aberta à possibilidade de reconhecimento, ELLEN GRACIE entende que, na hipótese de anulação da sentença arbitral no país da sede da arbitragem, torna-se necessário que o tribunal perante o qual se tenha requerido o reconhecimento examine as causas invocadas para decretar a anulação, a fim de se certificar que tal anulação é legítima e razoável, ou seja, que a decisão não corresponde a um abuso praticado pelo órgão judiciário estatal na origem⁴⁰⁶.

Na visão de ELLEN GRACIE, a anulação injustificada de uma sentença arbitral não lhe retira a eficácia, e uma sentença arbitral não cessa de existir quando injustificadamente anulada na jurisdição da sede da arbitragem.

⁴⁰⁴ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) [...] (2013), p. 273.

⁴⁰⁵ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) [...] (2013), p. 273.

⁴⁰⁶ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 [...] (2012), p. 288.

Nesses casos, conforme a referida autora, deve-se incluir na competência do Estado de reconhecimento o sopesamento das determinantes tanto da sentença arbitral, quanto da decisão judicial anulatória.

Só assim, para ELLEN GRACIE, poderá a jurisdição da execução desempenhar seu relevante papel de assegurar o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo país, para resguardo dos interesses do comércio internacional, mormente da tão citada CNI⁴⁰⁷.

ELLEN GRACIE pondera que, ao prestigiar a exequibilidade da sentença arbitral, a CNI nunca pretendeu exonerar completamente do controle jurisdicional a prática da arbitragem, porém, ressalta que tal controle deve ser razoável, entendendo-se este quando a decisão anulatória tomar por base um ou alguns dos defeitos graves que são repudiados pela ordem jurídica internacional, não se podendo admitir que a jurisdição nacional invoque outros e mais estreitos “padrões locais de anulação”⁴⁰⁸.

A referida autora confirma que a experiência brasileira não permite ao Brasil seguir a linha francesa, marcadamente deslocalizadora e anti-territorialista.

Ainda assim, o STJ não pode ignorar a decisão anulatória na origem, devendo examinar se tal decisão teve como base as causas de anulação internacionalmente aceitas (isto é, as elencadas nas alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI, bem como no art. IX da Convenção Europeia), evitando que se verifiquem abusos incompatíveis com os propósitos da CNI na jurisdição da sede da arbitragem⁴⁰⁹.

Para ELLEN GRACIE, aceitar a anulação como impedimento ao reconhecimento e execução, sem mais, corresponderia a demitir o tribunal de reconhecimento de seu dever de fazer valer e de garantir a circulação da sentença arbitral, compromisso que foi assumido pelo Brasil ao aderir à CNI.

⁴⁰⁷ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 [...] (2012), p. 289.

⁴⁰⁸ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 [...] (2012), p. 289.

⁴⁰⁹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 [...] (2012), p. 290.

Conforme a referida autora, a anulação da sentença arbitral deve ser ponderada pelo tribunal de reconhecimento para verificar se (I) o tribunal da sede decidiu na latitude que lhe é conferida pela CNI e pela jurisprudência nacional e internacional, ou (II) se cometeu excesso, para renovar o julgamento da matéria de fundo, substituindo-se ao tribunal arbitral⁴¹⁰.

Nesta tarefa, eventual abuso do Judiciário da sede da arbitragem deveria se subordinar ao exercício da soberania de jurisdição pelo Estado onde é requerido o reconhecimento, com vistas a se evitar que um excesso de deferência à declaração anulatória na sede provoque danos e injustiças, representando um retrocesso no sistema de arbitragem internacional, em prejuízo aos interesses do comércio entre as nações⁴¹¹.

5. A DECISÃO PROFERIDA PELO STJ BRASILEIRO NA SEC Nº 5.782 – LEADING CASE BRASILEIRO.

5.1. Síntese da lide.

Em 02.12.2015, pela primeira vez, um tribunal brasileiro teve a oportunidade de decidir sobre o reconhecimento de sentença arbitral estrangeira anulada no país onde foi prolatada⁴¹². No próprio acórdão proferido pela Corte Especial do STJ – ao julgar aquele que se convencionou chamar de “Caso EDF” – é ressaltado que, após ampla pesquisa na jurisprudência do STJ e do STF, tratou-se, de fato, da primeira vez em que o poder judiciário brasileiro debateu o assunto⁴¹³.

O caso – autuado no STJ, em 07.06.2011, como “SEC nº 5.782” – provém da Argentina, e envolveu pedido de reconhecimento da EDF International S.A. (“EDF”) em face de Endesa Latinoamérica S.A. (“ENDESA”) e YPF S.A. (“YPF”), tendo por objeto uma sentença arbitral estrangeira proferida, em 2007, por tribunal arbitral CCI sediado em Buenos Aires.

⁴¹⁰ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 [...] (2012), p. 294/295.

⁴¹¹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 [...] (2012), p. 294/295.

⁴¹² STJ, Corte Especial, SEC 5.782, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 02.12.2015.

⁴¹³ Trecho do acórdão: “Surge, agora, o questionamento acerca da possibilidade, ou não, de se homologar a presente sentença estrangeira arbitral, anulada na origem por decisão judicial transitada em julgado – fato esse incontroverso –, cabendo ressaltar que, depois de ampla pesquisa realizada neste Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, é a primeira vez que a Corte Especial debate tal matéria”.

Assim como ocorreu com várias disputas arbitrais argentinas durante os anos 2000, o litígio adveio da abrupta crise cambial que afetou aquele país, resultando no desequilíbrio econômico-financeiro de contrato de compra e venda de ações firmado entre as partes (“Contrato”).

Em 30.03.2001, a EDF firmou contrato de compra e venda de ações com a Endesa e Astra Compañia Argentina de Petróleo S.A. (“ASTRA”), incorporada pela YPF, visando à aquisição de ações que a Endesa e a Astra detinham na Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. (“EDENOR”) e na Eletricidade Argentina S.A.

O Contrato conteve cláusula compromissória prevendo que eventuais litígios entre as partes seria dirimido por tribunal arbitral CCI sediado em Buenos Aires, composto por três árbitros e pela aplicação da lei material argentina.

Em 30.05.2001 e 31.05.2001, por sua vez, as partes celebraram acordos complementares ao Contrato, prevendo critérios de reajuste do preço acordado com base em duas contingências: *(I)* revisão tarifária de energia elétrica no norte de Buenos Aires e respectiva área circundante, programada para 31.08.2001; e *(II)* desvinculação do tipo de câmbio oficial do peso argentino em relação ao dólar norte-americano, independentemente do motivo que produzisse tal desvinculação, desde que ocorresse antes de 31.12.2001.

Em 09.07.2002, a EDF deu início a procedimento arbitral perante a CCI, em Buenos Aires, alegando ter ocorrido a segunda contingência contratual acima, qual seja, a desvinculação entre o peso argentino e dólar antes de 31.12.2001. Desse modo, a EDF pleiteou a revisão do preço das ações adquiridas, com a condenação da Endesa e da YPF ao pagamento de indenizações.

Em resposta ao requerimento de arbitragem, a ENDESA e a YPF alegaram que a desvinculação não teria ocorrido antes de 31.12.2001. Além disso, ofertaram reconvenção, arguindo a ocorrência da primeira contingência contratual acima, isto é, a revisão tarifária de energia elétrica, requerendo, assim, a condenação da EDF ao pagamento de indenização.

Em outubro de 2007, foi proferida sentença arbitral julgando parcialmente procedente o pedido da EDF, com a condenação (I) da ENDESA ao pagamento de US\$ 147.000.000,00 e (II) da YPF ao pagamento de US\$ 40.000.000,00. De outro lado, o pedido da reconvenção também foi julgado parcialmente procedente, tendo a EDF sido condenada ao pagamento (I) de US\$ 46.242.125,00 à ENDESA e (II) de US\$ 11.066.150,00 à YPF. Nesse cenário, após as devidas compensações, a EDF obteve uma sentença arbitral a ela favorável.

Ambas as partes propuseram ações perante o Poder Judiciário Argentino, com vistas à anulação da sentença arbitral. E, em paralelo – antes de requerer o reconhecimento no Brasil –, a EDF também requereu o reconhecimento da sentença arbitral nos E.U.A., no Chile e na Espanha, tendo, em todos, sido negado o pedido de reconhecimento.

Em 2009, a Câmara Nacional de Apelações do Comércio da Cidade de Buenos Aires, por decisão que veio a transitar em julgado, anulou a sentença arbitral, sob o fundamento de suposto julgamento por equidade pelo tribunal arbitral, método não previsto e não autorizado pelas partes.

Não obstante a anulação da sentença arbitral na Argentina, em 2011, a EDF protocolou pedido, perante o STJ, para seu reconhecimento no Brasil. A EDF recorreu ao argumento amplamente debatido por doutrina e jurisprudência acerca da natureza discricionária do poder do tribunal de reconhecimento diante de uma sentença arbitral estrangeira anulada, que não seria obrigado automaticamente a rejeitar tal pleito, mas teria a faculdade de acolhê-lo, mesmo diante da anulação no país da sede da arbitragem.

A EDF sustentou, ainda, que a decisão judicial argentina que anulou a sentença arbitral seria “*ilegal, patológica e abusiva*”, já que teria reformado a sentença arbitral para rejulgar seu mérito, decidindo sobre a revogação – ou não – da lei de conversibilidade argentina, pelo que teria incorrido em verdadeiro *erro in iudicando*.

Em sede de impugnação, a ENDESA e a YPF arguíram, entre outras alegações, que o pedido deveria ser indeferido, à luz do que dispõem o art. 5º, V, 1, “e”, da CNI e o art. 38, VI, da Lei 9.307/1996, além de que o reconhecimento das mesmas sentenças arbitrais anuladas já havia sido indeferido por E.U.A.⁴¹⁴, Chile⁴¹⁵ e Espanha.

No âmbito do processo de reconhecimento, a parte requerente (EDF) apresentou parecer jurídico assinado pela Ex-Ministra do STF ELLEN GRACIE, opinando que a anulação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário Argentino teve motivação fútil e politicamente determinada, sendo contrária, assim, à ordem jurídica brasileira, de modo que o reconhecimento à sentença arbitral deveria ser deferido⁴¹⁶.

Segundo ELLEN GRACIE, não teria havido fundamento pela equidade na sentença arbitral, destacando que as autoridades judiciárias argentinas não devolveram a matéria ao tribunal arbitral para reapreciação da matéria, em novo julgamento, no qual ficassem afastadas as eventuais conclusões atingidas por equidade, consequência normalmente provocada pela anulação de sentença arbitral, na medida em que o Judiciário do país da sede não deve substituir nem usurpar a competência do tribunal arbitral⁴¹⁷.

Em contrapartida, as requeridas (ENDESA e YPF) apresentaram parecer jurídico assinado pelo também Ex-Ministro do STF FRANCISCO REZEK, no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro não admite o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira que tenha sido anulada na sede da arbitragem⁴¹⁸.

Paralelamente, o Ministério Público Federal também opinou desfavoravelmente ao reconhecimento⁴¹⁹. Conforme o *Parquet*:

⁴¹⁴ US No. 658, EDF International S.A. v. YPF S.A., United States District Court, District of Delaware, 20 November 2008 and 13 August 2009. Yearbook Commercial Arbitration 2009, Vol. XXXIV. The Hague: Kluwer, 2009.

⁴¹⁵ Chile No. 5 / P1, EDF Internacional SA v. (1) Endesa Latinoamericana SA, (2) YPF SA, Corte Suprema, No. 4.390-2010, 8 September 2011. Yearbook Commercial Arbitration 2016, Vol. XLI. The Hague: Kluwer, 2016.

⁴¹⁶ Parecer publicado na íntegra em: NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 – legal opinion. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 35, 2012.

⁴¹⁷ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 [...] (2012), p. 291.

⁴¹⁸ Parecer publicado na íntegra em: REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada em foro judiciário. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, 2016.

⁴¹⁹ Para uma análise do parecer do Ministério Público Federal no caso: LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas: uma análise a partir da SEC 5.782 do STJ. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49, 2016, p. 46/52.

(I) de acordo com vários dicionários de inglês jurídico, o verbo “*may*”, constante do art. V., n. 1, da CNI, pode possuir caráter mandatório, ao invés de opcional, quando inserido em textos legais;

(II) jurisprudência e doutrina de outros países entendem que, uma vez anulada no país de origem, a sentença arbitral não pode ser reconhecida;

(III) as convenções internacionais não costumam conferir arbítrio implicitamente sem apontar critérios para seu exercício, na medida em que isto poderia criar insegurança jurídica; conseqüentemente, a se adotar tal raciocínio, qualquer arbítrio concedido pela CNI deve ser explícito, tal como ocorre no art. VI dessa Convenção, ao utilizar a frase “*se assim julgar cabível*”, o que não consta do art. V, n. 1;

(IV) o entendimento adotado pela jurisprudência francesa não é aplicável ao Brasil, pois baseado em norma mais favorável constante da legislação interna francesa, o que não existe no direito brasileiro, a permitir a aplicação do princípio da máxima eficácia previsto no art. VII, n. 1, da CNI;

(V) a teoria da deslocalização não deve ser adotada, porque o reconhecimento de uma sentença arbitral que tenha sido anulada no país de origem significaria dar efeito a ato jurídico proferido em Estado estrangeiro que teve seus efeitos retirados em virtude de decisão judiciária do órgão competente para controle desse ato; para fundamentar tal argumento, o Ministério Público Federal se fundamentou em disposições do RISTJ, assim como do Protocolo de Las Leñas e do Protocolo de Buenos Aires, que exigem que a sentença tenha executoriedade no local em que proferida.

Nesse cenário, foi dada ao STJ a missão de julgar a SEC nº 5.782, primeiro precedente na história do Brasil a questionar se uma sentença arbitral estrangeira anulada na origem pode, ou não, ser reconhecida.

5.2. Decisão da Corte Especial do STJ.

A motivação que levou à anulação da sentença arbitral pela autoridade judiciária argentina não foi levada em conta no julgamento realizado pelo STJ. Por unanimidade de votos, a Corte Especial do STJ decidiu rejeitar o pedido da EDF de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira.

Sob a relatoria do Ministro JORGE MUSSI, o acórdão proferido no Caso EDF inicia suas razões argumentando que a legislação brasileira aplicável determinaria a ocorrência do trânsito em julgado como condição essencial para o reconhecimento de sentenças estrangeiras, arbitrais ou judiciais.

Para tanto, o acórdão cita o art. 15, “c”, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), o art. 216-D do Regimento Interno do STJ e, ainda, o art. 38, VI, da Lei 9.307/1996.

Prossegue o acórdão argumentando que, no caso em exame, trata-se de fato incontroverso que a sentença arbitral objeto do pedido de reconhecimento foi anulada judicialmente pela Câmara Nacional de Apelações do Comércio de Buenos Aires, em decorrência de ações anulatórias ajuizadas por ambas as partes, tendo a respectiva decisão anulatória transitado em julgado.

E, em seguida, coloca a questão a ser objeto de análise pela Corte Especial do STJ: *“surge, agora, o questionamento acerca da possibilidade, ou não, de se homologar a presente sentença estrangeira arbitral, anulada no origem por decisão judicial transitada em julgado”*.

Para o deslinde da controvérsia, afirmou o acórdão que devem ser analisados os tratados internacionais com eficácia no ordenamento brasileiro, a saber: o art. 5º, V, “e”, da CNI e o art. 5º, 1, “e”, da Convenção do Panamá. Logo após, ressalta também ser importante observar o art. 216-D do RISTJ, o qual determina ser requisito, para o reconhecimento, o trânsito em julgado da sentença estrangeira.

Com isto, concluiu, desde logo, o acórdão que *“a interpretação que se chega é pelo não cabimento de homologação de sentença estrangeira arbitral suspensa ou anulada por órgão judicial do país onde a sentença foi prolatada”*.

Para embasar sua conclusão, o acórdão transcreve trechos do Guia da CCI para Interpretação da CNI e de doutrina brasileira, da lavra de CARLOS ALBERTO CARMONA, JOSÉ FRANCISCO CAHALI e JOSÉ CRETILLA NETO, respectivamente, todos contrários ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira anulada na origem.

Em adição, o acórdão ressalta, ainda, *“que o Brasil é signatário do Protocolo de Las Leñas, vigente e plenamente eficaz no ordenamento jurídico pátrio, o qual estipula de forma peremptória a imprescindibilidade da força da coisa julgada para homologação de sentença estrangeira arbitral”*.

E, em seguida, destaca:

“... a desnecessidade de prévia homologação da sentença judicial de nulidade do laudo arbitral para que ela produza seus efeitos no processo de homologação, porquanto a legislação de regência indica bastar ao requerido, em sua defesa, suscitar e comprovar a inexistência do trânsito em julgado do laudo arbitral, conforme se pode depreender da Convenção de Nova York (artigo V, 1, ‘e’); da Convenção do Panamá (artigo 5, 1, ‘e’); da Lei de Arbitragem Brasileira (artigo 38, inciso VI); do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (artigo 216-D, inciso III); e, do Protocolo de Las Leñas (artigo 20, ‘e’)”.

Por fim, afirma o acórdão:

“... que o procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, arbitral ou não, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão do Estado estrangeiro”.

Assim, concluiu o STJ que, *“sendo nula a sentença arbitral na Argentina, por causa de decisão judicial lá prolatada, resta impossibilitada a sua homologação no Brasil”*, razão pela qual indeferiu o pedido de reconhecimento da EDF.

5.3. Análise crítica.

5.3.1. Importância do precedente.

Apesar de elogiada por parte da doutrina, inclusive estrangeira⁴²⁰, a decisão proferida pelo STJ na SEC nº 5.782 merece algumas críticas pontuais. Não em razão da conclusão alcançada (não reconhecimento), necessariamente, e sim por sua rigidez na aplicação do entendimento de que, uma vez anulada na origem, necessariamente, a sentença arbitral estrangeira não poderá ser reconhecida, deixando de sinalizar que, em outras situações, excepcionalmente, o resultado poderia ser outro⁴²¹.

A rigor, a decisão do STJ parece posicionar o Brasil entre as jurisdições que adotam uma deferência absoluta em relação à decisão judicial estrangeira que anula uma sentença arbitral. A decisão em exame transmite a impressão de que, na hipótese de ter havido a anulação da sentença arbitral na sede, não é possível, em qualquer hipótese, admitir-se o reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro⁴²².

Essa impressão pode ser extraída de alguns trechos do acórdão do STJ, como, por exemplo, quando se afirma que, “*sendo nula a sentença arbitral na Argentina, por causa de decisão lá prolatada, resta impossibilitada a sua homologação no Brasil*”⁴²³.

Ocorre que a distância entre a hipótese “anulação de sentença arbitral no país onde foi prolatada” e a consequência jurídica “impossibilidade de reconhecimento e execução no Brasil” está longe de ser curta e segura, não se podendo desconsiderar a possibilidade

⁴²⁰ “*In this regard, the aforementioned Brazilian TSJ decision is correct*”. ZÁRATE, José Manuel Álvarez; BERNAL, Camilo Valenzuela. Chapter 13: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Their Own Seat: The Latin American Experience Interpreting the New York Convention’s Sovereign Spaces. In: GOMEZ, Katia Fach; LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana M. (org.). 60 years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges. The Hague: Kluwer, 2019, p. 213/214.

⁴²¹ “*The SCJ took a rather restrictive view of the scope of Article V 1 (e) of the New York Convention, without entering into in-depth analysis of circumstances in which an arbitral award set aside at the arbitration seat might be recognized in Brazil*”. CAMPOS MELO, Leonardo de; CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. Brazil Refuses Recognition of an ICC Award Set Aside in Argentina: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/08/brazil-refuses-recognition-of-an-icc-award-set-aside-in-argentina/>.

⁴²² “*In light of the above, the Brazilian Law appears to be paving a road towards the consolidation of the territorial theory and, as a result, the denial of the delocalization theory or any approach with similar effects in regard to the recognition of foreign awards set aside at the seat. It can thus be said that the chances of annulled awards being recognized in Brazil is remote*”. CORREIA FILHO, Antonio Carlos Nachif. The theories of international arbitration and related practical issues: the Brazilian approach (particularly the recent leading case on recognition of annulled awards) vis-à-vis the “delocalization trend”. Revista Brasileira de Arbitragem, 2016, vol. XIII, n. 52, p. 42.

⁴²³ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral anulada na sede. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 53, 2017, p. 41.

de que anulações de sentenças arbitrais ocorram com violação a certos princípios ou garantias fundamentais, ou sejam politicamente motivadas, o que poderia configurar ofensa à ordem pública brasileira. Nesses casos, é justificável não se permitir que tais decisões obstem o reconhecimento de sentenças arbitrais⁴²⁴.

O princípio da cortesia internacional não pode ser aplicado de forma irrestrita. Se os Estados seguirem à risca as decisões das cortes do país da sede da arbitragem, sem, ao menos, admitirem a possibilidade de contrariá-las, ainda que excepcionalmente, existe o risco de se inibir indevidamente a eficácia da sentença arbitral, bem como de comprometer sua neutralidade, haja vista que, no limite, a palavra final sempre será do Judiciário do país onde a sentença arbitral foi proferida⁴²⁵.

Não se quer dizer também que a obrigação de reconhecimento seja absoluta, em detrimento da cortesia internacional. Na verdade, é cabível adotar uma posição intermediária, partindo da premissa de que não há uma obrigação rígida de se negar reconhecimento à sentença arbitral anulada na origem, devendo-se avaliar, caso a caso, as particularidades e circunstâncias em que a anulação ocorreu.

Em linha com a doutrina de LAURO DA GAMA E SOUZA JR., o processo de reconhecimento assume caráter patológico quando “(i) *opta por reconhecer sentença arbitral regular e legitimamente anulada no país de origem; ou (ii) recusa o reconhecimento de sentença arbitral anulada de forma abusiva no país de origem*”⁴²⁶.

Nada disso, porém, ainda que em sede teórica, foi levado em consideração pela decisão proferida pelo STJ.

Apesar de apresentar minucioso relatório sobre os intensos e profundos argumentos colocados em debate pelas partes, o acórdão ora em exame não realizou qualquer questionamento em relação aos fundamentos da anulação da sentença arbitral pelas cortes argentinas, nem em relação à natureza internacional da arbitragem,

⁴²⁴ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral... [2017], p. 42.

⁴²⁵ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral... [2017], p. 42.

⁴²⁶ SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) – recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259.

limitando-se a discutir a interpretação a ser dada ao art. V, n. 1, “e”, da CNI e ao art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996, para concluir, sem maiores rodeios, pelo “*não cabimento de homologação de sentença estrangeira arbitral suspensa ou anulada por órgão judicial do país onde a sentença arbitral foi prolatada*”.

Não se está a afirmar, aqui, que a decisão do STJ de não reconhecer a sentença arbitral estaria equivocada no caso concreto. Todavia, tem-se o sentimento de que o STJ se privou de integrar um dos mais onipresentes debates da doutrina e jurisprudência internacionais, relativo aos efeitos internacionais da anulação de uma sentença arbitral na sua sede, debate este que reúne discussões que se estendem desde a natureza jurídica da sentença arbitral proferida em arbitragem internacional, até questões que envolvem diplomacia internacional e respeito entre diferentes jurisdições sujeitas a um mesmo ato decisório.

Mais importante do que qualquer juízo de valor acerca de acerto ou equívoco tanto da decisão argentina anulatória, quanto do acórdão proferido pelo STJ, é apontar que este último poderia ter ido além de um raciocínio binário, caso tivesse se debruçado sobre os motivos da decisão anulatória na sede⁴²⁷.

Como tal aprofundamento não foi realizado, o primeiro acórdão brasileiro a tratar do reconhecimento de sentença arbitral anulada no país de origem optou por um caminho bastante objetivo e conservador, o qual – independentemente da correição, ou não, do resultado dessa decisão – pode vir a prejudicar a análise de casos futuros e, até mesmo, desestimular que novos pedidos de reconhecimento envolvendo sentença arbitral estrangeira anulada na origem venham a ser formulados perante o STJ.

Daí a importância, sobretudo em uma primeira decisão sobre a matéria no Brasil, de se ter procedido com maior cautela quando da formação desse precedente⁴²⁸.

⁴²⁷ LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas ... [2016], p. 65.

⁴²⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A: reflexões sobre os efeitos da sentença arbitral estrangeira anulada no juízo de origem. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 48, 2016, p. 388.

5.3.2. Primazia dos tratados internacionais.

Embora a ementa do acórdão proferido na SEC nº 5.782 aponte para a “*incidência inicial dos tratados internacionais, com eficácia no ordenamento jurídico interno*”, e o art. 34 da Lei nº 9.307/1996 seja claro em estabelecer a primazia dos tratados internacionais em relação ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, não é raro o raciocínio judicial do STJ partir da lei brasileira, para, então, adequá-la aos preceitos estabelecidos nos tratados. O Caso EDF não destoa dessa tendência jurisprudencial⁴²⁹.

Antes de realizar qualquer avaliação sobre o conteúdo das normas internacionais aplicáveis, o voto condutor proferido pelo Ministro Relator JORGE MUSSI indica como legislação de regência os “*artigos 216-A a 216-N do Regimento Interno desta Corte [leia-se, do STJ]; 15 a 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB; e 34 a 40 da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem Brasileira)*”.

Elimina, portanto, a CNI, a qual passa a ser analisada apenas em um segundo momento, sem avaliação de sua incidência sobre os requisitos para o reconhecimento⁴³⁰.

Já quando dessa análise em relação à aplicação a CNI, o acórdão do STJ faz referência ao Guia da CCI para Interpretação da CNI, para concluir que, como base no art. V, n. 1, “e”, da CNI, o reconhecimento deveria ser negado.

Porém, embora isto não conste explicitamente do acórdão, ao grifar o trecho do referido Guia que afirma a taxatividade dos fundamentos elencados no art. V, n. 1, da CNI (“*esses são os únicos fundamentos dos quais pode se valer a parte requerida*”), o STJ parece confundir a taxatividade dos referidos fundamentos com sua obrigatoriedade⁴³¹.

⁴²⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 381.

⁴³⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 381.

⁴³¹ LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas ... [2016], p. 56/57.

Isso porque, examinando-se esse mesmo Guia – em trechos não colacionados no acórdão – vê-se que seus autores defendem dois parâmetros de aplicação da CNI que acabam por criar, mesmo que de forma moderada, uma abertura à discricionariedade do tribunal de reconhecimento: (I) interpretação restritiva dos fundamentos de recusa previstos no art. V, n. 1, da CNI (“*narrow interpretation of the grounds for refusal*”); e (II) limitada discricionariedade para conceder o reconhecimento e a execução, ainda que seja aplicável um dos fundamentos de recusa (“*limited discretionary power to grant the recognition and enforcement even if one of the grounds applies*”)⁴³².

Tanto a defesa de uma interpretação restritiva dos fundamentos de recusa, como a ideia de que há uma discricionariedade, ainda que limitada, do tribunal encarregado do reconhecimento, parecem ir de encontro com a conclusão peremptória do STJ de que, anulada a sentença arbitral na sede da arbitragem, necessariamente, o reconhecimento deve ser recusado.

Não se está a afirmar, aqui, que as duas balizas acima especificadas seriam fortes argumentos favoráveis ao reconhecimento de sentença arbitral anulada na origem, e sim, apenas, que a dúvida em relação à legitimidade do processo de anulação na sede da arbitragem, bem como a ideia de uma liberdade mínima do juízo deliberatório para tal exame, permitiriam afastar a natureza categórica que parece emanar do acórdão na SEC nº 5.782, ainda que presente um dos fundamentos de recusa⁴³³.

Na mesma direção, ao fazer referência a suporte doutrinário brasileiro, o acórdão se cinge a comentários à Lei nº 9.307/1996 (CARMONA, CAHALI e CRETELLA), sem se preocupar com a ampla e sofisticada construção teórica em torno da CNI, abalizada em doutrina tanto brasileira, quanto internacional⁴³⁴.

Nessa conjuntura, embora o acórdão não trate da relação entre as normas derivadas de tratados internacionais e daquelas de fonte exclusivamente interna, exceto pelo texto da ementa, sua estrutura e sequenciamento discursivo apontam para um papel secundário ao qual os textos internacionais se encontrariam relegados.

⁴³² LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas ... [2016], p. 56/57.

⁴³³ LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas ... [2016], p. 56/57.

⁴³⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 381.

A dificuldade em destacar o regime jurídico próprio referente ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras daquele das sentenças judiciais, inclusive, corrobora tal análise, eis que, se levados em conta com seriedade os instrumentos internacionais próprios, não seria possível tal confusão⁴³⁵.

5.3.3. Equiparação entre sentença judicial e arbitral.

No acórdão proferido na SEC nº 5.782, o STJ parece considerar amplamente equivalentes a sentença judicial e a sentença arbitral, o que consiste em um equívoco, uma vez que, além de possuírem regramento próprio no Brasil, as sentenças arbitrais diferem das sentenças judiciais em vários aspectos, seja nas formalidades que precisam preencher (dispensadas às sentenças judiciais), seja no alcance das matérias que podem ser objeto de arbitragem (mais restrito do que no contencioso judicial).

Essa equivalência no acórdão proferido pelo STJ é evidenciada pela extensão à arbitragem das regras de direito brasileiro que estipulam critérios e procedimentos para o reconhecimento de sentenças judiciais, especialmente o art. 15 da LINDB, que, conforme já visto, não deve ser aplicável ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil.

Além de não especificar seu alcance a sentenças arbitrais, tal dispositivo legal fala, na sua alínea “a”, em sentença proferida “*por juiz competente*”, a denotar que trata, unicamente, de decisões judiciais. A alínea “c” do art. 15 da LINDB também exige à sentença arbitral “*ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida*”, o que é inapropriado, por força de lei e das convenções internacionais das quais o Brasil faz parte⁴³⁶.

⁴³⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 381.

⁴³⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 382/383.

A equivalência acima referida também é vista no fato de que são colacionados no acórdão do STJ três precedentes jurisprudenciais, todos relativos ao reconhecimento de sentenças judiciais, sem ser realizada qualquer diferenciação ou elucidação sobre as razões pelas quais seriam tais julgados aplicáveis a sentenças arbitrais⁴³⁷.

É possível que tal equivalência entre sentenças judiciais e arbitrais se deva, ao menos em parte, à opção do Regimento Interno do STJ em tratar do reconhecimento de sentenças estrangeiras (arts. 216-A a 216-N), indiscutivelmente elaborado a partir da noção preponderante de sentença judicial, sem realizar quaisquer considerações sobre as especificidades da arbitragem, e de seu regime legal e convencional⁴³⁸.

5.3.4. Exigência de trânsito em julgado.

Ponto específico a ensejar preocupação na fundamentação do acórdão do STJ consiste no tratamento conferido ao requisito do “trânsito em julgado” da sentença arbitral e da sentença judicial estrangeira. Parece haver a suposição de que, ao se fazer prova da anulação da sentença arbitral estrangeira, esta não teria transitado em julgado e, logo, não estaria presente um dos requisitos para o reconhecimento⁴³⁹.

Já na ementa do acórdão é afirmado que *“a legislação aplicável à matéria ... não deixa dúvidas quanto à imprescindibilidade da sentença estrangeira, arbitral ou não, ter transitado em julgado para ser homologada nessa Corte Superior, comungando a doutrina pátria do mesmo entendimento”*.

Tal assertiva, contudo, não se harmoniza com o suporte legislativo ou, mesmo, doutrinário aplicável. O art. V, n. 1, da CNI elenca cinco fundamentos taxativos que autorizam a recusa do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, os quais são adotados, quase que identicamente, pela Lei nº 9.307/1996.

⁴³⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 383.

⁴³⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 383.

⁴³⁹ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral... [2017], p. 42.

Em nenhum momento, seja na CNI, seja na Lei nº 9.307/1996, fala-se em “trânsito em julgado”. Ao contrário, tanto o art. V, n. 1, “e”, da CNI, como o art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996 utilizam expressões equivalentes a “*sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes*”, a denotar que a sentença arbitral pode se tornar obrigatória sem trânsito em julgado⁴⁴⁰.

Vale lembrar que a CNI buscou eliminar a exigência do *duplo exequatur*, existente na Convenção de Genebra de 1927 – jamais ratificada pelo Brasil – o que se operacionalizou pelo uso da palavra “*obrigatória*” (“*binding*”), ao invés de “*final/definitiva*”, na redação do art. V, n. 1, “e”, da CNI, com o intuito de deixar claro que a parte interessada está autorizada a requerer o reconhecimento da sentença arbitral a partir do momento em que não houver mais meio de impugnação a ela dentro do procedimento arbitral (coisa julgada formal), sem necessidade de homologação prévia da sentença arbitral por tribunal estatal do país onde tenha sido proferida.

Já o Guia para Interpretação da CNI esclarece não haver uma definição expressa do que seria uma sentença “*obrigatória*”, mas indica doutrina internacional no sentido de que a natureza obrigatória da sentença arbitral não depende de estar ser passível de execução no país em que proferida, bem como que o fato de haver ação anulatória ainda pendente na jurisdição originária não implica a ausência de obrigatoriedade⁴⁴¹.

A exigência de trânsito em julgado não é admitida pela CNI, o que deflui com clareza de seu texto e da *ratio* por trás do emprego da palavra “*obrigatória*” em seu art. V, n. 1, “e”.

Além disso, da doutrina brasileira citada no acórdão, a única expressão que parece dar suporte à exigência de trânsito em julgado é, certamente, incompatível com a Lei nº 9.307/1996 e a CNI⁴⁴². Nesse sentido, parece-nos equivocada a forma como o STJ impôs o requisito do “trânsito em julgado” no caso concreto.

⁴⁴⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 383.

⁴⁴¹ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 383.

⁴⁴² COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 384.

Caso o STJ tivesse analisado a exigência de trânsito em julgado do ponto de vista estritamente da coisa julgada formal (dentro do processo arbitral), descompasso nenhum haveria com relação à CNI e à Lei nº 9.307/1996. No entanto, não foi esta a conclusão alcançada, tendo o STJ entendido que, uma vez anulada, não teria a sentença arbitral “transitado em julgado” e, logo, não poderia ser reconhecida.

Tal raciocínio merece críticas, conforme apontam RABIH A. NASSER e MARINA YOSHIMI TAKITANI:

“No entanto, a anulação posterior de uma sentença arbitral não impede que ocorra o seu trânsito em julgado sempre que o sistema jurídico do país não preveja a possibilidade de recurso contra sentença arbitral. Assim, no caso concreto, o correto seria considerar que tanto a decisão judicial, quanto a sentença arbitral – antes e até a sua anulação – fizeram coisa julgada. O que não impede que a homologação seja questionada com base nos artigos V, I, alínea e, da Convenção de Nova Iorque e 5.1., alínea e, da Convenção do Panamá, sob o fundamento de ter havido sua anulação, mas não a ausência de ‘trânsito em julgado’,

Vincular o trânsito em julgado à inexistência de anulação seria admitir que os processos de anulação funcionariam como uma espécie de ‘recurso’ à sentença arbitral, a partir do qual as Cortes Nacionais se equiparariam a órgãos revisores (cortes de apelação), que poderiam declarar nulas as sentenças arbitrais e impedir a produção de seus efeitos ao redor do mundo. Isto também é claramente incompatível com os princípios e objetivos da arbitragem internacional.

Assim, a parte da decisão da SEC 5.782 que trata da relação entre a sentença arbitral e a sentença judicial que a anulou também teria se beneficiado de uma precisão maior, em especial para deixar claro que esta segunda não represente um óbice ao trânsito em julgado da sentença arbitral, apesar de poder limitar a produção de efeitos dela decorrentes, tanto na sede, quanto em outras jurisdições”⁴⁴³.

Ao exigir o requisito do “trânsito em julgado”, o STJ se baseou em disposições não aplicáveis ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, a saber: (I) art. 216-F de seu Regimento Interno (aplicável apenas a questões procedimentais, (II) art. 15, “c”, da LINDB (não aplicável a sentenças arbitrais – cf. item 4.3.3), e

⁴⁴³ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral... [2017], p. 43.

(III) art. 20, “e” do Protocolo de Las Leñas (que não se sobrepõe e nem pode criar condições mais rigorosas do que a CNI ou outros tratados)⁴⁴⁴.

Em relação à aplicação da LINDB, é curioso notar que a decisão que anula a sentença arbitral estrangeira se qualifica como sentença estrangeira, para fins do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, para que possa repercutir seus efeitos no Brasil (qual seja, impedir o reconhecimento da sentença arbitral), ela deve atender aos mesmo requisitos que outros atos de países estrangeiros.

Conforme é possível extrair do disposto no art. 17 da LINDB, *“as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”*.

Partindo-se do raciocínio de que, ao se negar reconhecimento à sentença arbitral porque anulada na origem, automaticamente, está-se dando validade à decisão judicial anulatória estrangeira, deve-se ter em consideração que a LINDB é aplicável à referida decisão anulatória estrangeira.

Nesse sentido, era cabível, ao STJ, uma vez entendendo pela aplicação da LINDB, voltá-la à análise não da sentença arbitral, e sim da decisão anulatória argentina, com vistas a verificar se esta teria ofendido *“a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”*, o que teria decorrido de um julgamento abusivo, por motivação política ou decorrente de parcialidade do tribunal anulatório, entre outras razões consideradas repugnantes à ordem constitucional brasileira.

Entretanto, não foi isto o que o STJ fez na SEC nº 5.782, o que significa afirmar que a decisão anulatória argentina estaria fora do alcance do art. 17 da LINDB, como pontuam RABIH A. NASSER e MARINA YOSHIMI TAKITANI:

⁴⁴⁴ “Mesmo que, dependendo das circunstâncias de um caso, seja possível o afastamento da eficácia de sentença arbitral estrangeira em decorrência da sua anulação, afirmar que se exige o trânsito em julgado para a homologação de sentença arbitral estrangeira é deitar fora o bebê com a água do banho: ao contrário do que se assevera no acórdão, tal exigência não existe; nem nas convenções de que o Brasil é parte, nem na legislação pátria. O que se dá é exatamente o contrário, pois, nos termos do art. 34 da Lei de Arbitragem e do art. V da Convenção de Nova Iorque, é excessiva a exigência de trânsito em julgado da sentença arbitral estrangeira”. COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 385.

“Percebe-se que a intenção da norma é ser abrangente, de forma que todos os atos proferidos fora da jurisdição brasileira só podem produzir efeitos aqui se não forem ofensivos à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Portanto, afirmar que a decisão estrangeira que anula a sentença arbitral na sede automaticamente impede que a sentença arbitral produza seus efeitos no Brasil seria o mesmo que afirmar que esse tipo de decisão está fora do alcance do art. 17 da LINDB. No entanto, essa exceção não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro”⁴⁴⁵.

Com efeito, no caso em tela, o STJ houve por aplicar a LINDB ao ato decisório sobre o qual tal diploma não incide: a sentença arbitral; e não levou em consideração a aplicação do mesmo diploma ao ato decisório sobre o qual, indubitavelmente, poderia incidir, diante de sua natureza judicial: a decisão anulatória.

Quanto ao Protocolo de Las Leñas, não consta do acórdão do STJ explanação acerca de qualquer embate entre tal Protocolo e a CNI, o qual existe entre o art. V, n. 1, “e”, da CNI e art. 20, “e”, do Protocolo, devendo este último ceder em favor da CNI, além de o Protocolo não poder criar condições mais rigorosas de reconhecimento do que as previstas na CNI e outros tratados ratificados pelo Brasil (art. 33 do Protocolo).

O acórdão do STJ se limita a elucidar *“que o Brasil é signatário do Protocolo de Las Leñas, vigente e plenamente eficaz no ordenamento jurídico pátrio, o qual estipula de forma peremptória a imprescindibilidade da coisa julgada para homologação de sentença estrangeira arbitral”*.

Ao assim proceder, o STJ aplicou a CNI de forma desarmônica, não obstante sua prevalência no que toca ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, eis que exigiu requisito não previsto no texto convencional (nem na Lei nº 9.307/1996) para o reconhecimento, qual seja: que a sentença arbitral tivesse força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada.

⁴⁴⁵ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral... [2017], p. 43.

Cumpra insistir que não se está aqui a defender que o STJ deveria ter deferido o reconhecimento à sentença arbitral, não é isto. Na verdade, defende-se que o STJ poderia, talvez, ter adotado uma posição mais favorável, se, no caso, tivesse constatado abuso na ação anulatória estatal argentina, o que só poderia ocorrer através de uma análise da referida decisão judicial, não efetuada pelo STJ.

A suposta impositividade que parece decorrer do acórdão do STJ não necessariamente representa o eco atual de liberdade do juízo de reconhecimento, o qual possui caminhos mais modernos para estimular o diálogo com o juízo do controle da sentença, em prol de uma análise mais casuística e, portanto, mais adaptada às particularidades da arbitragem⁴⁴⁶.

5.3.5. Eficácia *ipso iure* da sentença arbitral anulada.

O entendimento adotado no acórdão proferido pelo STJ se encontra em extremo oposto da doutrina deslocalizadora francesa. Nessa linha, partindo de uma concepção territorialista radical, atrelada a uma ordem estatal, o que importou para o STJ foi unicamente o passado da sentença arbitral, isto é, sua anulação na origem⁴⁴⁷.

É afirmado no acórdão do STJ que *“não se pode olvidar que o procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, arbitral ou não, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão do Estado estrangeiro”*.

Tal trecho da decisão deixa claro o seguinte raciocínio: uma sentença arbitral anulada não produz efeitos e, logo, não é possível o mero reconhecimento servir para a criação desses efeitos. Tal raciocínio recupera a postura tradicional brasileira conforme a qual, mesmo na arbitragem voluntária, a força da sentença arbitral deriva de sua incorporação no direito do país de origem.

⁴⁴⁶ LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas ... [2016], p. 58.

⁴⁴⁷ Para uma comparação entre a SEC nº 5.782 e a doutrina deslocalizadora francesa: BOISSÉSON, Matthieu de; BERNINI, Marcela Tarré. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada no país de origem: o Caso EDF International (SEC 5.872/EX) e a jurisprudência francesa. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, 2016.

Mesmo que já não se exija um ato específico mediante o qual a decisão seja prévia e formalmente integrada a esse ordenamento, não se abre mão da exigência de validade e da eficácia na origem⁴⁴⁸.

Ocorre que o próprio texto da CNI e da Lei nº 9.307/1996 apontam em sentido contrário. A CNI, em seu art. V, n. 1, autoriza a negativa de eficácia à sentença arbitral apenas “*a pedido da parte contra a qual ela é invocada*”.

No mesmo sentido, o art. 38 da Lei nº 9.307/1996 permite o indeferimento de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira anulada somente se o réu suscitar a anulação como fundamento de recusa (“*quando o réu demonstrar que ...*”). Não se trata a anulação na origem de fundamento de recuso cognoscível *ex officio*⁴⁴⁹.

Sendo assim, a única interpretação possível é que uma sentença arbitral anulada não deixa de existir e, logo, não é, por si só, impossível de reconhecimento. Basta que o réu nada alegue, ainda que da documentação juntada nos autos, pedido de terceiro ou notoriedade resulte conhecida a anulação na origem.

Em termos técnicos, para preservar a conformidade com os tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, bem como com a própria Lei nº 9.307/1996, resulta claro que a sentença anulada carrega em seu seio efeitos contidos, os quais devem ser realizados, a não ser que a parte afetada alegue e comprove a anulação nos autos⁴⁵⁰.

No caso da SEC nº 5.782, houve tanto alegação pela parte requerida a respeito do fundamento de recusa previsto no art. V, n. 1, “e”, da CNI (art. 38, VI, da Lei nº 9.307/1996), como prova para o convencimento do STJ de que a sentença arbitral havia sido anulada na origem.

⁴⁴⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 385.

⁴⁴⁹ GIOVANNI BONATO e JOÃO BRUNO FARIAS MADEIRA também criticam esse entendimento: “*Esse posicionamento, nos moldes adotados pelo STJ no julgamento do Processo nº 2011/0129084-7, perfaz-se sedutor por sua simplicidade. Desenvolve aquilo que parece ser, à primeira vista, um raciocínio irrefutável: o argumento mecânico de que, se a sentença arbitral foi anulada na sede da arbitragem, deixaria de surtir efeitos no mundo jurídico, inexistindo, então, o que homologar. A premissa desse argumento é, no entanto, questionável. O ponto chave está em compreender que negar efeitos à sentença arbitral significa, implicitamente, reconhecer como legítima a decisão anulatória do país de origem*”. BONATO, Giovanni; MADEIRA, João Bruno Farias. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: uma análise do caso EDF Internacional S/A x Endesa Latinoamérica S/A e YPF S/A no sistema brasileiro e no direito comparado. Revista Brasileira de Arbitragem, 2017, vol. XIV, n. 55, p. 76.

⁴⁵⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 386.

Mais do que isto, conforme constou do acórdão, tratou-se de “*fato incontroverso – suscitado pelas requeridas em contestação e confirmado pela requerente na réplica – que a sentença arbitral homologanda foi anulada judicialmente pela Câmara Nacional de Apelações do Comércio de Buenos Aires em 09/12/2010*”.

Não obstante, deve-se ressaltar a ausência de necessário automatismo ou imediatismo entre a anulação e o impedimento da realização de efeitos da sentença arbitral: esses são possíveis e ocorrem em regra, podendo ser excepcionados em razão de circunstâncias especiais e devidamente comprovadas⁴⁵¹.

Mesmo que, na prática, seja improvável o “esquecimento” de alegar a anulação da sentença arbitral, a discussão ora em tela aponta para uma consequência técnica importante: no sistema da CNI e da Lei nº 9.307/1996, a validade e executoriedade da sentença arbitral não dependem de sua eficácia no país de origem, a despeito de ser possível evitar a produção de seus efeitos no Estado onde se tenciona o reconhecimento, em decorrência da anulação na origem⁴⁵².

5.3.6. Limites do juízo de homologação.

O acórdão do STJ se baseia na correta asserção de que o reconhecimento não serve para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão anulatória proferida pelo Estado estrangeiro. Todavia, utiliza, equivocadamente, tal fundamento para impedir a análise, pelo juízo de reconhecimento brasileiro, das circunstâncias que envolvem a sentença judicial anulatória argentina⁴⁵³.

Como já visto, o exame pelo tribunal de reconhecimento é bastante limitado, cabendo, apenas, a observação de aspectos formais, o que vale tanto para sentenças arbitrais, como judiciais. Não obstante, a sentença argentina anulatória não era objeto de reconhecimento, tratando-se, na verdade, de fato que autorizava a denegação à produção

⁴⁵¹ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 386.

⁴⁵² COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 386.

⁴⁵³ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 386.

de efeitos pela sentença arbitral no Brasil, uma vez suscitado e comprovado esse fundamento pela requerida (art. V, n. 1, “e”, da CNI).

O tribunal encarregado do reconhecimento, a partir da análise desse fato (anulação), entendendo haver substrato probatório suficiente, poderia denegar o reconhecimento⁴⁵⁴. Os arts. V, n. 1, da CNI e 38 da Lei nº 9.307/1996 utilizam o verbo “poder”, e não “dever”, ao tratar dos fundamentos de recusa ao reconhecimento.

Desse modo, o limite ao juízo deliberatório ao qual está sujeita a sentença arbitral não se estende de maneira a atingir a sentença judicial anulatória: esta deve ser avaliada na sua dimensão fática e, a partir das considerações dos magistrados a respeito da prova, dos vícios e da pertinência dessa sentença – inclusive mediante reflexão sobre ordem pública – pode-se deferir ou indeferir o reconhecimento⁴⁵⁵.

Sem adentrar em juízo de valor sobre a correição, ou não, do acórdão proferido pelo STJ, a requerente argumentou que a decisão judicial anulatória argentina teria violado a ordem pública brasileira, a possibilitar o reconhecimento.

Porém, o argumento em questão não foi levado em consideração pelo STJ ao julgar a SEC nº 5.782, assim como não foi levado em consideração o fato de que a própria requerente havia ajuizado ação, na Argentina, para anulação da sentença arbitral, além de ter perseguido o seu reconhecimento em vários países (EUA, Chile e Espanha, além do Brasil), a inspirar a visão de que estaria agindo em abuso de direito⁴⁵⁶.

Na verdade, o STJ partiu do raciocínio binário de que, uma vez anulada por autoridade competente na origem, automaticamente, a sentença arbitral não pode ser reconhecida.

⁴⁵⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 386/387.

⁴⁵⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 387.

⁴⁵⁶ Para GIOVANNI BONATO e JOÃO BRUNO FARIAS MADEIRA: “..., no caso narrado na SEC 5.782, houve típico exemplo de contrariedade a esses cânones, uma vez que a EDFI valeu-se de nítido forum shopping ao aceitar incluir cláusula arbitral em seu contrato com as antecessoras da Endesa e da YPF, determinando Buenos Aires como sede da arbitragem, e, ao ver seu laudo anulado pela justiça argentina, resolveu postular a homologação da sentença arbitral em diversos outros foros, como nos Estados Unidos, na França, no Chile e no Brasil”. BONATO, Giovanni; MADEIRA, João Bruno Farias. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem ... [2017], p. 75.

Se é certo que, em circunstâncias normais, espera-se que a anulação da sentença arbitral na origem impeça sua eficácia no exterior, e talvez seja esse o caso da SEC nº 5.782 (cuja base fática e correição do resultado não se põe em questão nos presentes comentários), cumpre destacar que o salto lógico conduzido pelo STJ, que equipara a sentença judicial anulatória à sentença arbitral (esta última sim o único objeto do reconhecimento), é um atalho perigoso: trata-se de atos decisórios com naturezas jurídicas distintas e que devem ser analisados e avaliados como tais⁴⁵⁷.

A necessidade de alegação e prova por parte da requerida faz com que a sentença judicial anulatória se aproxime da natureza de um fato, não de uma sentença a ser objeto de reconhecimento.

Não é que a sentença judicial anulatória estrangeira necessite ser reconhecida no Brasil para que sua eficácia obste a produção dos efeitos da sentença arbitral. Diferentemente disso, a simples existência da decisão judicial anulatória pode obstar o reconhecimento da sentença arbitral, o que, todavia, exige análise da sentença judicial anulatória, inclusive à luz da LINDB, de acordo com parâmetros próprios e distintos dos empregados no juízo deliberatório⁴⁵⁸.

Nesse cenário, é criticável o automatismo empregado pelo STJ. São várias as considerações capazes de preservar os efeitos da sentença arbitral, tais como a sentença anulatória ser manifestamente contrária à ordem pública, ter sido ditada com o objetivo exclusivo de impedir os efeitos apenas no país, sem alcançar o exterior, ou existir irregularidade suficiente a convencer o tribunal de reconhecimento da ilegitimidade da cassação dos efeitos da sentença arbitral na origem.

Para além da análise formal da validade, portanto, cabe aplicar as regras sobre limites excepcionais ao reconhecimento de sentença arbitral à vista, primordialmente, dos tratados internacionais, notadamente a Convenção de Nova Iorque, tendo o cuidado de não sufocar o seu espírito⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 387.

⁴⁵⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 387/388.

⁴⁵⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A ... [2016], p. 388.

6. ANÁLISE CRÍTICA E EXPECTATIVA PARA O FUTURO.

Conforme sintetiza o quadro comparativo abaixo, todas as teorias apresentadas (territorialista, deslocalizadora ou pluralista) têm seus prós e seus contras:

Teorias x Prós e Contras	Prós	Contras
Teoria Territorialista	<ul style="list-style-type: none"> - Maior segurança jurídica. - Prestigia a vontade das partes quando da escolha da sede arbitral na convenção de arbitragem. - Desestimula o <i>forum shopping</i>. - Evita problemas de diplomacia externa. 	<ul style="list-style-type: none"> - Risco de ampliação indireta dos fundamentos de recusa da CNI. - Risco de uma anulação por fraude, corrupção, julgamento parcial e não independente, politicamente motivada ou violadora do devido processo legal vir a produzir efeitos universais.
Teoria Deslocalizadora	<ul style="list-style-type: none"> - Não amplia indiretamente os fundamentos de recusa da CNI. - Impede que uma anulação por fraude, corrupção, julgamento parcial e não independente, politicamente motivada ou violadora do devido processo legal venha a produzir efeitos universais. - Maior autonomia à arbitragem. - Confere à decisão judicial que indefere a anulação o mesmo <i>status</i> da decisão que anula a sentença arbitral. 	<ul style="list-style-type: none"> - Maior insegurança jurídica, podendo, inclusive, gerar o “problema das duas sentenças arbitrais”. - Estimula o <i>forum shopping</i>. - Pode gerar problemas de diplomacia externa. - Impede que uma anulação na origem regularmente realizada venha a produzir efeitos em outros países.
Teoria Pluralista	<ul style="list-style-type: none"> - Pode impedir que anulação por fraude, corrupção, julgamento parcial e não independente, politicamente motivada ou violadora do devido processo legal produza efeitos universais. - Promove uniformização das causas de anulação. - Pode promover segurança jurídica, prestigiar a vontade das partes na escolha da sede arbitral, desestimular o <i>forum shopping</i> e evitar problemas de diplomacia externa, desde que aplicada de forma fundamentada e adequada, e apenas diante de casos excepcionais. 	<ul style="list-style-type: none"> - O processo de reconhecimento se torna mais demorado, pelo fato de o tribunal de reconhecimento ter de analisar tanto a sentença arbitral em <i>delibatio</i>, quanto a decisão judicial anulatória, neste último caso, inclusive, com dilação probatória. - Pode promover insegurança jurídica, desprestigiar a vontade das partes na escolha da sede arbitral, estimular o <i>forum shopping</i> e gerar problemas de diplomacia externa, caso aplicada de forma inadequada, e diante de situações de anulações regulares.

Analisando-se o sistema instituído pela CNI, os argumentos defendidos pelas teorias que se contrapõem e as experiências da jurisprudência francesa, norte-americana e holandesa, respectivamente, na visão deste autor, não podem prevalecer:

(I) nem a ideia de que a anulação na origem teria efeitos *erga omnes*, impedindo sempre, e em qualquer circunstância, o reconhecimento da sentença arbitral em outros países;

(II) nem a ideia de que a anulação não teria importância, devendo ser desconsiderada completamente no processo de reconhecimento da sentença arbitral. A melhor abordagem se encontra em um “meio do caminho” entre esses extremos.

Apesar de ser louvável a corrente territorialista propor um critério objetivo, buscando a evitar que a parte perdedora no processo de anulação promova verdadeiro *forum shopping* pelo mundo, obrigando e onerando a parte vencedora a se defender em processos de reconhecimento em vários países, no sistema da CNI, parece não haver lugar para a teoria da *ex nihilo nihil fit* (nada surge do nada).

E isso porque o art. V, n. 1, “e”, da CNI se encontra entre os fundamentos de recusa que devem ser objeto de prova pela parte que se opõe ao reconhecimento.

Basta se pensar na hipótese de uma sentença arbitral ser anulada pela autoridade competente do país da sede da arbitragem, e ter o seu reconhecimento pleiteado em outro país, não suscitando a parte requerida a anulação como fundamento de recusa, ou sequer impugnando o reconhecimento.

A despeito de se tratar de situação improvável, no caso, conforme está instituído o sistema da CNI, a corte de reconhecimento não poderá, de ofício, negar *exequatur* à sentença arbitral, de modo que é inconcebível entender-se que uma sentença arbitral anulada deixaria de existir.

Para isso, o fundamento de recusa a que se refere o art. V, n. 1, “e”, da CNI teria que estar inserido no art. V, n. 2, da CNI, que trata dos fundamentos de recusa cognoscíveis *ex officio*. Tanto a sentença arbitral anulada não deixa de existir a partir de sua anulação na origem que pode ela ser reconhecida, nos termos da CNI: basta que a parte requerida não apresente prova da anulação.

De outro lado, não é verdade que a anulação na sede seja desimportante. Apesar de a corrente deslocalizadora ter a virtude de apontar o contrassenso que é a atribuição de deferência à decisão de anulação na sede, e não se fazer o mesmo quanto à decisão que recusa a anulação na sede, entender-se como desimportante a decisão anulatória é o mesmo que ignorar o sistema proposto pela CNI, que abaliza as cortes do país da sede arbitral como as que têm melhores condições de realizar o controle de legalidade primário da arbitragem.

Ressalte-se que tal posição não é apenas para coibir eventuais excessos ou abusos pelo tribunal arbitral, e sim de colaboração com a arbitragem, seja decidindo questões pré-arbitrais, auxiliando na tomada de provas ou emprestando sua coerção para medidas urgentes. É assim que está instituído o sistema da CNI, de modo que a tese de uma “ordem jurídica arbitral autônoma” não tem lugar na referida convenção.

A melhor solução não pode ser tão focada em coibir eventual *forum shopping* abusivo (como propõem os territorialistas), nem tão focada em estancar completamente o risco de anulações patológicas (como defendem os deslocalizadores). Abraçar alguma dessas posições extremas é o mesmo que escolher o problema cuja existência se optará por fingir não existir.

No caso da tese territorialista, o risco de se obstar a produção de efeitos a uma sentença arbitral anulada por motivos torpes e abusivos, em violação ao devido processo legal ou por interferência política. Já no caso da tese deslocalizadora, desrespeitar a soberania do tribunal competente, conforme o próprio sistema da CNI, que pode ter anulado a sentença arbitral de forma regular.

Na visão deste autor, viola-se a CNI (I) tanto ao se negar reconhecimento a uma sentença arbitral estrangeira indevidamente anulada na origem, (II) quanto ao se dar *exequatur* a uma sentença arbitral estrangeira regularmente anulada.

Nesse sentido, parece a este autor que as doutrinas moderadas, notadamente as encabeçadas por WILLIAM W. PARK e GEORGE BERMANN, respectivamente, além da jurisprudência holandesa, apresentam, até hoje, os melhores *standards* para solução do problema.

Ressalte-se, primeiramente, que, quando o tribunal estatal da sede da arbitragem anula a sentença arbitral devolvendo a causa aos árbitros (como, por exemplo, para a produção de determinada prova), essa sentença arbitral, em hipótese alguma, poderá ser reconhecida em outro Estado.

Isso porque, na hipótese, tal sentença arbitral virá a ser substituída por outra sentença, a qual, essa sim (desde que também não anulada com nova devolução da causa aos árbitros), encerrará a competência dos árbitros na causa, e fará coisa julgada.

Entender-se de maneira diferente é o mesmo que enxergar as cortes estatais como “inimigas da arbitragem”, ignorando seu fundamental papel colaborativo, e desrespeitar a sentença definitiva do tribunal arbitral, não obstante a “colaboração/interferência” judiciária para consertar eventuais vícios ou nulidades.

Foi justamente o que ocorreu nos CASOS HILMARTON e PUTRABALI, tendo sido reconhecidas sentenças arbitrais que, respectivamente, vieram a ser substituídas por outras, atribuindo resultados diferentes às causas, de modo que a decisão em definitivo tomadas por parte dos árbitros não pode produzir efeitos na França.

Por sua vez, no caso de a sentença arbitral ser desconstituída em definitivo, sem reenvio da causa aos árbitros (como, por exemplo, quando a corte estatal entende que a matéria não é arbitrável, ou avalia ser nula a cláusula compromissória), a questão se torna mais complexa.

Nesse cenário, entende-se que a melhor abordagem deve ser o tribunal de reconhecimento avaliar se a respectiva decisão anulatória do tribunal da sede da arbitragem foi proferida regularmente, isto é, se obedeceu ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, resultando de juiz imparcial e independente, não tendo sido obtida por corrupção, fraude ou influência política.

Em outras palavras, para este autor, deve o tribunal de reconhecimento avaliar se a respectiva decisão judicial anulatória estrangeira, ela própria, pode ser reconhecida. O raciocínio aplicado pelos tribunais holandesas nos CASOS YUKOS e MAXIMOV parece ser o mais sensato a evitar que anulações abusivas venham a prevalecer, sem, também, dar deferência excessiva às anulações na sede, tal como faz em geral a jurisprudência norte-americana.

A CNI, ao se valer do verbo “*poderá*” (“*may*”) em seu art. V, n. 1, confere certo grau de discricionariedade para o tribunal de reconhecimento. Todavia, nessa tarefa, o tribunal de reconhecimento não deve aplicar a CNI à decisão judicial anulatória estrangeira (a CNI é aplicável somente, e diretamente, a sentenças arbitrais).

Diferentemente disso, a análise da possibilidade de reconhecimento, ou não, da decisão anulatória estrangeira deve se dar conforme as regras de direito internacional privado próprias do Estado de reconhecimento.

Além disso, deve ser ônus da parte requerente, nesse caso, a apresentação de provas e elementos concretos a respeito da impossibilidade de reconhecimento da decisão judicial anulatória estrangeira.

Não se ignora que, nessa solução, poder-se-á criar um novo contencioso (não se chegando, no entanto, à “máquina de contenciosos parasitas” alardeada pelo professor EMMANUEL GAILLARD), uma vez que o tribunal de reconhecimento analisará a decisão anulatória estrangeira, podendo haver, inclusive, dilação probatória.

Não existe, porém, solução simples ou sem defeitos no caso do reconhecimento das sentenças arbitrais anuladas, sendo esta proposição, na visão deste autor, a mais adequada a se respeitar a vontade das partes de se submeterem à arbitragem internacional, ao mesmo tempo que não se cria um problema de *comity* junto ao país da sede arbitral.

Não obstante a posição mais inclinada ao territorialismo adotada pela jurisprudência norte-americana, esta foi a solução adotada no CASO PEMEX, em que foram apresentadas provas convincentes de que o tribunal estatal de anulação havia aplicado lei de forma retroativa, prejudicando ato jurídico perfeito (a sentença arbitral), situação que, aos olhos da Constituição do país de reconhecimento (E..U.A.), era “*repugnante à noção fundamental do que é decente e justo*”.

Em situações como essa, uma deferência cega à decisão judicial de anulação significaria violar preceitos tidos como fundamentais pelo Estado de reconhecimento. Poderia haver um problema de desrespeito à soberania de outros países apenas se o tribunal de reconhecimento reanalisasse os fundamentos da decisão anulatório, porém, não é isso o que se está propondo.

Na verdade, independentemente dos fundamentos da decisão anulatória (se ISA ou LSA), propõe-se que o tribunal de reconhecimento avalie, a partir de arguição e sob prova pela parte requerente, se a anulação resultou de vício gravoso o suficiente para violar a ordem pública ou preceitos constitucionais tidos como fundamentais para o Estado de reconhecimento. Isto pode ocorrer, por exemplo, em processo de anulação em que não houve a citação da parte ré, em anulação motivada politicamente para impedir que sentença arbitral prejudicial aos interesses de ente estatal do país da sede arbitral produza efeitos, e em anulação resultando de corrupção por parte dos magistrados julgadores, entre outras situações.

Em resumo, portanto, adota este autor uma posição intermediária – calcada nas doutrinas de WILLIAM PARK e GEORGE BERMANN, entre outros autores, assim como na jurisprudência holandesa – acerca do tema sobre o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na origem.

Defende-se, então, que a melhor solução para o problema é o reconhecimento excepcional da sentença arbitral estrangeira, apesar de sua anulação na origem, caso a própria decisão judicial anulatória não seja passível de *exequatur* no Estado de reconhecimento, de acordo com as regras de direito internacional privado do país onde se tenciona o reconhecimento.

E, no Brasil, como já visto, tais regras são encontradas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (“LINDB”), notadamente seus arts. 15 e 17, dispondo este último dispositivo que “*as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”.

Deve, portanto, uma sentença arbitral estrangeira ser reconhecida no Brasil, apesar de sua anulação na origem, quando o STJ verificar, a pedido da parte requerida, que a respectiva decisão judicial anulatória estrangeira ofende “*a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”, seja porque foi obtida por fraude, corrupção ou influência política indevida, não obedeceu a princípios básicos do devido processo legal, ou fora prolatada por juízes não imparciais e independentes, entre outras razões ensejadoras da conclusão de que faltou integridade ao processo anulatório.

Assim, entende-se que o STJ perdeu a oportunidade (rara na experiência forense internacional) de nortear, em maior detalhe, os parâmetros de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira anulada na origem, o que se afirma sem se realizar juízo de valor sobre a correição, ou não, do restou decidido no CASO EDF (SEC nº 5.782).

Espera-se que, no futuro, eventual problema idêntico a ser apreciado pelo STJ possa ser decidido não necessariamente com um resultado diferente, mas sim com um percurso diferente, abrindo-se as seguintes possibilidades, vis-à-vis o caso concreto:

(I) não reconhecimento à sentença arbitral estrangeira, considerando que a decisão judicial estrangeira que anulou a sentença arbitral é compatível com as regras de direito internacional privado brasileiras (art. 17 da LINDB), ou seja, não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes; e

(II) reconhecimento à sentença arbitral estrangeira, considerando que a decisão judicial estrangeira que anulou a sentença arbitral ofende as regras de direito internacional privado brasileiras (art. 17 da LINDB), ou seja, viola a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes⁴⁶⁰ (sendo, ainda, ônus da parte requerente demonstrar, fundamentadamente, que tais violações existiram), e não se fazendo presentes outros fundamentos de recusa à sentença arbitral previstos no art. V da CNI.

Nesse exato sentido, concorda-se com a opinião veiculada por GIOVANNI BONATO e JOÃO BRUNO FARIAS MADEIRA, segundo os quais:

“Caberá, assim, ao STJ, em situações excepcionais, homologar sentenças arbitrais anuladas no país de origem. Haverá, para tanto, a necessidade de a parte vencedora na arbitragem provar tal ônus, já que a presunção estabelecida é de que a sentença anulatória não deverá, em princípio, ser homologada, salvo se a parte requerente comprovar que essa decisão está de tal forma viciada que não merece ser reconhecida pela jurisdição brasileira. Como consequência, deverá a Corte brasileira realizar uma análise detida do caso individual, com estrita ponderação, visando a alcançar o equilíbrio entre valores como a efetividade da arbitragem internacional, o controle de sua legitimidade e a reciprocidade no campo das relações internacionais. Até mesmo em razão de, no atual sistema processual, o STJ ser compelido a se vincular futuramente às normas que enuncia como razão para decidir”⁴⁶¹.

Também adotando essa linha de raciocínio, colha-se a lição de ARNOLDO WALD e VIVIAN MARQUES SALLES:

“Não se pode deixar de considerar que a decisão anulatória da sentença arbitral proferida em sua origem nada mais é que uma decisão estrangeira que, para gerar efeitos no Brasil, deve atender aos princípios de soberania nacional, ordem pública e bons costumes, dispostos na Lei de Introdução do Direito Brasileiro.

Ou seja, utilizar a decisão anulatória na sede de origem como suporte automático para a denegação de reconhecimento e homologação do laudo arbitral significaria dizer que tal decisão não deve cumprir os requisitos dispostos na legislação nacional, o que é incorreto.

⁴⁶⁰ NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral anulada na sede. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 53, 2017.p. 45.

⁴⁶¹ BONATO, Giovanni; MADEIRA, João Bruno Farias. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: uma análise do caso EDF International S/A x Endesa Latinoamérica S/A e YPF S/A no sistema brasileiro e no direito comparado. Revista Brasileira de Arbitragem, 2017, vol. XIV, n. 55.

Acréscce que, a completa deferência ao teor da decisão judicial estrangeira anulatória do laudo arbitral pode constituir uma ameaça às garantias oferecidas pela arbitragem internacional, tais como a eficácia do laudo arbitral estrangeiro e a limitação da interferência das cortes nacionais.

Entretanto, não se pretende defender a obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral estrangeiro anulado na sede, mas sim, que haja maior flexibilidade e profundidade na análise dos casos envolvendo a questão.

A partir da premissa de que a denegação da homologação é uma discricionariedade conferida ao juiz do exequatur, deve-se analisar a casuística, afastando-se a abordagem rígida, de modo que, o juiz competente para o exequatur proceda à análise da decisão de anulação na sede.

Importante salientar que não se trata de reanálise de mérito, já que não se pretende analisar mais uma vez a decisão proferida pelo juízo arbitral ao fim do procedimento, mas sim a decisão judicial que a anulou, com a finalidade de verificar se o referido decisum contraria os princípios de soberania e ordem pública brasileiros e, em caso positivo, deferir a homologação do laudo arbitral embora tenha sido anulado na origem, de modo a prestigiar a eficácia da arbitragem no país”⁴⁶².

Na visão deste autor, nenhum dos extremos parece trazer a solução mais adequada ao problema que veio a ser analisado pelo STJ.

A deslocalização francesa faz “letra morta” do art. V, n. 1, “e”, da CNI, enquanto o territorialismo mecânico adotado pelo STJ na SEC nº 5.782 pode vir a cancelar injustiças contrárias aos princípios que norteiam a arbitragem comercial internacional.

Não se está dizendo, aqui, que teria sido este o caso da SEC nº 5.782. Todavia, em outros processos envolvendo o reconhecimento de sentença arbitral anulada no país de origem, é mais adequado agir com menos rigidez, analisando-se, também, a decisão judicial anulatória estrangeira, e se o reconhecimento dessa própria decisão judicial anulatória é possível no foro de reconhecimento.

⁴⁶² WALD, Arnoldo; SALLES, Vivian Marques. Homologação de Sentença Estrangeira Anulada por Decisão Judicial no seu País de Origem. Sessenta Anos Depois da Convenção de Nova Iorque. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 880/881.

Conforme bem asseverado por ARNOLDO WALD e VIVIAN MARQUES SALLES: *“a análise dos motivos que levaram à anulação é absolutamente indispensável para que se possa garantir e preservar os efeitos de uma sentença arbitral potencialmente válida e afastar os efeitos de uma decisão que não esteja conforme a Ordem Pública brasileira e internacional”*⁴⁶³.

CONCLUSÃO.

Como se viu ao longo do presente trabalho, várias soluções para a dicotomia envolvendo os controles de legalidade primário e secundário da sentença arbitral foram propostas no campo normativo. Na Convenção de Genebra de 1972, não havia dúvida de que uma sentença arbitral anulada no país de origem não poderia ser reconhecida em outro país (art. 2º, “a”). Além disso, a exigência do chamado “*duplo exequatur*” criava severo obstáculo à livre circulação das sentenças arbitrais.

Um dos principais propósitos da CNI foi eliminar o “*duplo exequatur*”, facilitando o reconhecimento de sentenças arbitrais a nível mundial (art. III). Tanto que a CNI transferiu da parte requerente à parte requerida o ônus de provar a presença de algum dos fundamentos que impeçam o reconhecimento (art. V, n. 1).

Dentro desse sistema criado pela CNI, parte-se do pressuposto de que o Poder Judiciário do país da sede da arbitragem tem competência para exercício do controle de legalidade primário, razão pela qual um dos fundamentos de recusa incluídos no art. V, n. 1, da CNI consiste na prova de que “*a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida*” (alínea “e”).

A interpretação do dispositivo convencional em questão é bastante controversa: enquanto alguns entendem que esse artigo impõe a recusa de reconhecimento quando a sentença arbitral estrangeira tiver sido anulada no país da sede da arbitragem, outros avaliam existir uma margem de discricionariedade para o tribunal de reconhecimento conferir, ou não, *exequatur* à sentença arbitral estrangeira anulada.

⁴⁶³ WALD, Arnoldo; SALLES, Vivian Marques. Homologação de Sentença Estrangeira Anulada ... [2019], p. 882.

Esse debate parte muito da utilização do verbo “*poderá*” (“*may*”) no texto da CNI, ao invés do verbo “*deverá*” (“*shall*”). A CNI, porém, não trata dos fundamentos que podem levar à anulação da sentença arbitral no local de sua prolação. Pelo contrário, tal convenção é somente aplicável no foro de reconhecimento, de modo que os critérios de anulação de uma sentença arbitral pelos tribunais locais da sede acabam sendo muito fruto da lei interna do país onde a arbitragem foi sediada.

À vista dessa situação, a Convenção Europeia de 1961 buscou limitar a recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira anulada apenas quando a anulação tiver ocorrido com base em fundamentos análogos aos previstos nas alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI, tidos como os fundamentos internacionalmente consagrados de controle de legalidade do procedimento arbitral.

Já na Convenção ICSID, de 1965, o problema não tem sequer lugar, porque o controle da sentença arbitral proferida no âmbito dessa convenção fica concentrado em um comitê *ad hoc* do ICSID (art. 52), e a execução da sentença é automática (art. 54).

A Lei Modelo da UNCITRAL, de 1985 (revista em 2006), todavia, não adotou a solução da Convenção Europeia. Apesar de prever os fundamentos de recusa referentes às alíneas “a” a “d” do art. V, n. 1, da CNI como as causas de anulação da sentença arbitral no país da sede da arbitragem (art. 34, n. 2), no que tange ao reconhecimento, não limitou a recusa de reconhecimento à hipótese em que a sentença arbitral é anulada com base em algum desses fundamentos (art. 36).

Pelo contrário, a Lei Modelo mantém o texto da CNI, dispondo que poderá não ser reconhecida a sentença arbitral que “*tenha sido anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou ao abrigo de cuja lei, a sentença tenha sido proferida*”.

A Lei Modelo tem a virtude de igual, em um mesmo diploma, as causas de anulação da sentença arbitral na origem com os fundamentos de recusa, e, como se viu, o texto da Lei Modelo é seguido por 80 países, fora outras leis de arbitragem que, apesar de não seguirem à risca o texto da Lei Modelo, de alguma forma, tiveram influência da Lei Modelo.

Desse modo, há hoje certa uniformização alcançada, a qual, todavia, não é suficiente para que o problema da dicotomia entre o controle primário e o controle secundário não se faça presente.

Entre as leis nacionais, apenas a França permite o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas. Isso se dá com base no princípio da máxima eficácia previsto no art. VII, n. 1, da CNI, já que a lei francesa não prevê a anulação da sentença arbitral na origem como fundamento de recusa.

Trata-se de posição isolada no âmbito do direito comparado. A maioria dos países contém leis arbitrais com disposição iguais ou mais dificultosas do que o texto da CNI, deixando a cargo do intérprete, portanto, decidir se o reconhecimento pode, ou não, ser autorizado.

Nesse mister, a doutrina se digladiava debatendo a matéria. Há quem entenda que a deferência ao controle primário de legalidade deva ser absoluta (teoria territorialista), argumentando, em suma, que uma sentença arbitral anulada deixa de existir (“*ex nihilo nihil fit*”), e que entender-se diferente criaria o estímulo à parte perdedora em buscar o reconhecimento da sentença arbitral de país em país, até que algum, eventualmente, aceite reconhecê-la (“*fórum shopping*”), onerando indevidamente a parte vencedora, que terá que se defender em todos esses contenciosos.

Em contraste, há quem defenda que o controle primário de legalidade deva ser ignorado, para fins de reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, eliminando-se, desse modo, o risco de alguma anulação abusiva ou eivada de fraude desprestigiar a livre vontade das partes de se submeter à via arbitral (teoria deslocalizadora, à qual os franceses são adeptos).

Para essa linha de raciocínio, em síntese, há um contrassenso em conferir-se deferência à anulação da sentença arbitral, e não se fazer o mesmo quando o Poder Judiciário da sede arbitral indefere o pleito de anulação.

Entre extremos, há linhas mais moderadas (ou pluralistas), defendendo que, em determinadas situações, o reconhecimento poderá ser deferido à sentença arbitral anulada em sua origem. No bojo dessa corrente, há quem foque nos fundamentos de anulação, entendendo que só anulações baseadas nos fundamentos internacionalmente reconhecidos (quais sejam, aqueles elencados no art. V, n. 1, “a” a “d” da CNI) podem impedir o *exequatur* à sentença arbitral estrangeira.

E há também quem defenda que, a despeito das razões de anulação da sentença arbitral, é preciso verificar, na verdade, se o processo judicial de anulação atendeu ao devido processo legal, não foi eivado de parcialidade e dependência, nem foi obtido por meio de fraude, corrupção ou qualquer intervenção política indevida. Nessas situações, para essa corrente, o reconhecimento poderá ser deferido, não obstante a anulação na origem da sentença arbitral.

A jurisprudência de vários países já teve a oportunidade de testar esses conceitos em casos concretos. Mostrando verdadeiro contraste de visões, os tribunais franceses, norte-americanos e holandeses, respectivamente, aplicaram *standards* diferentes quando da análise de pedidos de reconhecimento a sentenças arbitrais estrangeiras anuladas.

Enquanto os tribunais franceses tendem a aplicar a teoria da deslocalização, ignorando a anulação na origem, para avaliar, diretamente a partir da sentença arbitral, se esta pode, ou não, ser reconhecida na França, os tribunais norte-americanos, bastante preocupados com a *comity*, tendem a dar bastante deferência à decisão anulatória no país de origem, apenas afastando tal regra em circunstâncias muito excepcionais, “*repugnantes à noção fundamental do que é decente e justo*” nos Estados Unidos.

Já os tribunais holandeses parecem ter menos preocupações de cortesia com a soberania externa em casos de *exequatur* a sentenças arbitrais estrangeiras anuladas. Adotando posição mais de centro, as cortes holandesas enxergam a decisão anulatória como outra decisão estrangeira comum, avaliando ser possível reconhecer a sentença arbitral estrangeira anulada, se a respectiva decisão anulatória não puder, ela própria, ser reconhecida na Holanda, por violar a ordem pública holandesa.

À vista do sistema criado pela CNI, tal como configurado, das teorias que se contrapõem e da experiência dos tribunais estrangeiros, este autor entende que a melhor abordagem ao problema deva se dar por meio da doutrina de WILLIAM PARK e de GEORGE BERMANN, além de outros autores como LAURO GAMA e ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO.

Nessa linha, os tribunais de reconhecimento têm margem de discricionariedade para conferir *exequatur* a uma sentença arbitral estrangeira anulada na origem, na forma do art. V, n. 1, “e”, da CNI, caso a respectiva decisão anulatória estrangeira não possa ser reconhecida.

Nessa tarefa, o reconhecimento da decisão anulatória estrangeira, evidentemente, não pode se dar com base na CNI.

Pelo contrário, deve ocorrer de acordo com as regras de direito internacional privado do país de reconhecimento, verificando-se se a decisão anulatória atende a essas regras, tendo sido proferido sob o devido processo legal e por tribunal competente, imparcial e independente, e não por meio de fraude, corrupção ou influência política indevida. Tal demonstração de que a decisão anulatória não pode ser reconhecida deve ser ônus da parte requerente.

Trata-se de solução, na visão deste autor, que melhor atende a um equilíbrio que visa a respeitar (I) a soberania do país da sede da arbitragem, para realizar o controle primário de legalidade (valendo lembrar que a posição ocupada pelo Estado da sede não é só de controle, mas também de colaboração com o processo arbitral), e (II) a livre vontade das partes ao se submeterem à via arbitral, o que não pode ser violar por processo de anulação abusivo ou politicamente determinado.

E, em hipótese alguma será possível o reconhecimento quando a corte estatal da sede, ao anular a sentença arbitral, devolve ao tribunal arbitral o julgamento da matéria, sob pena de se criar o inconsistente “problema das duas sentenças arbitrais”, com o qual já lidou a jurisprudência francesa.

Nesses casos, reconhecer-se uma sentença arbitral que não é fruto do esgotamento da competência do tribunal arbitral significa, ao mesmo tempo, violar a vontade das partes de terem os seus litígios dirimidos pela via arbitral, desrespeitar a decisão final dos árbitros e enxergar as cortes estatais (cujo papel muitas vezes é de colaboração com a arbitragem) como inimigos.

No Brasil, cuja evolução da arbitragem é ainda um processo recente, tendo ocorrido com mais força a partir de 1996, com a edição da Lei nº 9.307/1996, temos, atualmente, um STJ experiente no reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, deferindo, na grande maioria de suas decisões, o *exequatur*.

Mesmo assim, há ainda certas inconsistências na jurisprudência do STJ, que, apesar de não impedirem que esse tribunal atinja os resultados pretendidos pela CNI, obsta que o Brasil se inspire e se guie pela doutrina e jurisprudência internacionais a respeito do tema, o que, por outro lado, não se vê na doutrina brasileira, bastante moderna e robusta.

Sobre o debate objeto deste trabalho, a doutrina do Brasil se divide entre aqueles que entendem que uma sentença arbitral estrangeira anulada não pode ser, de forma alguma, reconhecida no Brasil, eis que deixou de existir, e aqueles que defendem que, em certos casos, pode haver o reconhecimento. No ordenamento brasileiro, não há lugar para a teoria deslocalizadora.

No CASO EDF – no qual o STJ negou reconhecimento a uma sentença arbitral proferida em Buenos Aires, a qual havia sido anulada pelo Poder Judiciário argentino –, não se viu maiores discussões sobre as diversas questões que se colocam no debate ora em exame.

Sem adentrar, de qualquer forma, em juízo de correição sobre o resultado alcançado pelo STJ no caso (até porque, na maioria das vezes, o reconhecimento é mesmo negado à sentença arbitral estrangeira anulada), esperava-se que o debate tivesse sido mais aprofundado. Pelo contrário, viu-se rigidez na aplicação do conceito de que, anulada na origem, a sentença arbitral estrangeira não pode ser reconhecida.

Este autor tem a expectativa de que, no futuro, eventual problema idêntico a ser julgado pelo STJ possa ser decidido por um percurso de raciocínio diferente, abrindo-se as seguintes possibilidades: *(I)* não reconhecimento à sentença arbitral, caso a respectiva decisão anulatória seja compatível com as regras de direito internacional privado brasileiras, ou seja, não ofenda a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes (art. 17 da LINDB); e *(II)* reconhecimento à sentença arbitral, caso a respectiva decisão anulatória não seja compatível com as regras de direito internacional privado brasileiras, e não estejam presentes no caso outros fundamentos de recusa à sentença arbitral previstos no art. V da CNI.

BIBLIOGRAFIA.

1. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Atlas: São Paulo, 2008.
2. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (org.). Arbitragem interna e internacional (questões de doutrina e prática). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
3. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, 2016.
4. ALMEIDA, Ricardo Ramalho; ARAUJO, Nadia de. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (org.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017.
5. ALMEIDA, Ricardo Ramalho; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; BARROS, Vera Monteiro de. O controle da ordem pública no Direito brasileiro: análise do Caso Abengoa. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 56, 2017.
6. ARAUJO, Nadia de. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

7. ARAUJO, Nadia de; SPITZ, Lidia. Artigo I – a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras: análise sobre seu âmbito de aplicação. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.
8. Baker Marine (Nig.) v. Chevron (Nig.) Ltd., Chevron Corp., Inc. and others, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 12 August 1999. ASA Bulletin, Vol. 17, N. 4. The Hague: Kluwer, 1999.
9. BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial e internacional. Porto Alegre: Lex Magister, 2011.
10. BAPTISTA, Luiz Olavo. Parecer: Sentença Arbitral Declarada Nula no Local Onde Proferida. Revista Brasileira de Arbitragem, Revista Brasileira de Arbitragem, vol. X, n. 37, 2013.
11. BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010.
12. BÉDARD, Julie. A New New York Convention? Interview with Albert Jan Van Den Berg. The New York Convention: 50 years of experience. Mealey's Executive Summary, 2008.
13. Belgian Judicial Code, Sixth Part: Arbitration (adopted 24 June 2013 and last amended 25 December 2016). ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 104, 2019. The Hague: Kluwer, 2019.
14. BERMANN, George A. International Arbitration and Private International Law. The Hague Academy of International Law, Brill Nijhoff, 2017.
15. BERMANN, George. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts. In: BERMANN, George A (org.). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of The New York Convention by National Courts. Springer, 2017.

16. BERNINI, Marcela Tarré. Decreto nº 2011-48, de 13 de janeiro de 2011, que dispõe sobre a reforma da arbitragem na França. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. VIII, n. 32.
17. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin (org.). *Redfern and Hunter on international arbitration*. Kluwer: The Hague, 2010.
18. BOISSÉSON, Matthieu de; BERNINI, Marcela Tarré. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada no país de origem: o Caso EDF International (SEC 5.872/EX) e a jurisprudência francesa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50, 2016.
19. BOISSÉSON, Matthieu de ; BERNINI, Marcela Tarré. O Artigo VII da Convenção de Nova Iorque. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). *Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
20. BONATO, Giovanni; MADEIRA, João Bruno Farias. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: uma análise do caso EDF International S/A x Endesa Latinoamerica S/A e YPF S/A no sistema brasileiro e no direito comparado. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2017, vol. XIV, n. 55.
21. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. The Hague: Kluwer, 2014.
22. BÖRNER, Andreas. Article III. In: PORT, Nicola Christine; OTTO, Dirk; NACIMIENTO, Patricia; KRONKE, Herbert (org.). *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention*. The Hague: Kluwer, 2010.
23. BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.
24. CAHALI, José Francisco. *Curso de arbitragem, mediação e conciliação*. São Paulo: RT, 2011.

25. CAMPOS MELO, Leonardo de. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior: inovações advindas do CPC/15. In: CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (org.). A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
26. CAMPOS MELO, Leonardo de. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil: a practitioner's guide. The Hague: Kluwer, 2015.
27. CAMPOS MELO, Leonardo de; BENEDUZI, Renato Resende (org.). A reforma da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
28. CAMPOS MELO, Leonardo de; CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. Brazil Refuses Recognition of an ICC Award Set Aside in Argentina. Kluwer Arbitration Blog.
29. CAMELO, António Sampaio. O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem Voluntária. Coimbra: Almedina, 2016.
30. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
31. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
32. CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 9, 2006.

33. CASELLA, Paulo Borba. Introdução: ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – internacionalização do Direito e relações entre direito internacional e Direito interno. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.
34. Chapter 12 of the Federal Act on Private International Law of 18 December 1987, and selected Articles (Arts. 176 to 194). ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 95, 2017. The Hague: Kluwer, 2017.
35. CHILE No. 5 / P1, EDF Internacional SA v. (1) Endesa Latinoamericana SA, (2) YPF SA, Corte Suprema, No. 4.390-2010, 8 September 2011. Yearbook Commercial Arbitration 2016, Vol. XLI. The Hague: Kluwer, 2016.
36. CORREIA FILHO, Antonio Carlos Nachif. The theories of international arbitration and related practical issues: the Brazilian approach (particularly the recent leading case on recognition of annulled awards) vis-à-vis the “delocalization trend”. Revista Brasileira de Arbitragem, 2016, vol. XIII, n. 52.
37. COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs. YPF S/A: reflexões sobre os efeitos da sentença arbitral estrangeira anulada no juízo de origem. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 48, 2016.
38. CRETELLA NETO, José. Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
39. DARWAZEH, Nadia. Article V(1)(e). In: PORT, Nicola Christine; OTTO, Dirk; Nacimiento, Patricia; Kronke, Herbert (org.). Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention. Kluwer: The Hague, 2010.
40. DERAINS, Yves; KIFFER, Laurence. National Report for France (2013 through 2018). In: BOSMAN, Lise. ICCA International Handbook on Commercial Arbitration. Kluwer: The Hague, 2018, n. 99.
41. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

42. FRANCE No. 7 / E1, Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi (Turkey) v. Norsolor SA (France), Cour de Cassation, 9 October 1984 and Cour d'Appel, Paris, 19 November 1982. Yearbook Commercial Arbitration 1986, Vol. XI. The Hague: Kluwer, 1986.
43. FRANCE No. 20, Polish Ocean Line v. Jolasry, Cour de cassation [Supreme Court], 10 March 1993. Yearbook Commercial Arbitration 1994, Vol. XIX. The Hague: Kluwer, 1994.
44. FRANCE No. 23, Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorisation - OTV, Cour de Cassation [Supreme Court], 23 March 1994. Yearbook Commercial Arbitration 1995, Vol. XX. The Hague: Kluwer, 1995.
45. FRANCE No. 24, Omnium de Traitement et de Valorisation – OTV v. Hilmarton, Cour d'Appel [Court of Appeal], Versailles, 315 ; 316, 29 June 1995. Yearbook Commercial Arbitration 1996, Vol. XXI. The Hague : Kluwer, 1996.
46. FRANCE No. 26, The Arab Republic of Egypt v. Chromalloy Aeroservices, Inc. Cour d'Appel [Court of Appeal], Paris, 14 January 1997. Yearbook Commercial Arbitration 1997, Vol. XXII. The Hague: Kluwer, 1997.
47. FRANCE No. 27, Omnium de Traitement et de Valorisation – OTV v. Hilmarton, Cour de Cassation [Supreme Court], 10 June 1997, Yearbook Commercial Arbitration 1997, Vol. XXII. The Hague : Kluwer, 1997.
48. FRANCE No. 36, Directorate General of Civil Aviation of the Emirate of Dubai v. International Bechtel Co. Limited Liability Company (Panama), Cour d'appel [Court of Appeal], Paris, 29 September 2005. Yearbook Commercial Arbitration 2006, Vol. XXXI. The Hague: Kluwer, 2006.
49. FRANCE No. 42, PT Putrabali Adyamulia (Indonesia) v. Rena Holding, et al., Cour de Cassation [Supreme Court], First Civil Chamber, 29 June 2007. Yearbook Commercial Arbitration 2007, Vol. XXXII. The Hague: Kluwer, 2007.

50. FRANCE No. 55, Lao People's Democratic Republic v. Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd and Hongsa Lignite (Lao PDR) Co. Ltd, Court of Appeal of Paris, 19 February 2013. Yearbook Commercial Arbitration 2013, Vol. XXXVIII. The Hague: Kluwer, 2013.
51. EUGÊNIO, Paulo Eduardo Campanella; RODANTE, Marcello Vieira Machado. Reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (org.). Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
52. GAILLARD, Emmanuel. Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional (tradução por Natália Mizrahi Lamas). São Paulo: Atlas, 2014.
53. GASPAR, Renata Alvares. Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. São Paulo: Atlas, 2009.
54. German Arbitration Act 1998 (Book 10 ZPO). ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 98, 2018. The Hague: Kluwer, 2018.
55. GHARAVI, Hamid G. The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award. The Hague: Kluwer, 2002.
56. GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro – Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1996.
57. GRION, Renato Stephan; ZANELATO, Thiago Del Pozzo. Aspectos históricos da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
58. GVELEBIANI, Jaba. Recognition of annulled foreign arbitral awards: destiny of vacated arbitral awards from the perspective of the US and the Netherlands. Saarbrücken: Lap Lambert, 2013.

59. HOLTZMANN, Howard J.; NEUHAUS, Joseph E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Kluwer: The Hague, 1989.
60. ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges. International Council for Commercial Arbitration, 2011.
61. LEVY, Daniel. O Brasil e o reconhecimento de sentenças arbitrais anuladas: uma análise a partir da SEC 5.782 do STJ. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 49, 2016.
62. LEVY, Daniel de Andrade. Note: Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat, Court of Appeal of Amsterdam, Case No. 200.100.508/01, 18 September 2012. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. X, n. 37, 2013.
63. LEW, Julian D.M; MISTELIS, Loukas A.; KROLL, Stefan M. Comparative Commercial International Arbitration. Kluwer: The Hague, 2003.
64. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A pré-história da arbitragem no Brasil. In: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Advocacia de Empresas. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
65. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Definição de sentença arbitral estrangeira. In: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Advocacia de Empresas. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
66. MANTILLA-SERRANO, Fernando. Algumas notas sobre a execução de sentenças arbitrais anuladas e a Convenção de Nova Iorque. Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. VI, n. 24, 2009.
67. NACIMIENTO, Patricia. Article V(1)(a). In: PORT, Nicola Christine; OTTO, Dirk; Nacimiento, Patricia; Kronke, Herbert (org.). Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention. The Hague: Kluwer, 2010.

68. NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral anulada na sede. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 53, 2017.
69. Netherlands. Arbitration Act - Code of Civil Procedure - Book Four: Arbitration. ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 83, 2015. The Hague: Kluwer, 2015.
70. NETHERLANDS No. 31, Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg) v. OAO Rosneft (Russian Federation), Gerechtshof [Court of Appeal], Amsterdam, 200,005,269, 28 April 2009. *Yearbook Commercial Arbitration* 2009, Vol. XXXIV. The Hague: Kluwer, 2009.
71. NETHERLANDS No. 34, OAO Rosneft (Russian Federation) v. Yukos Capital s.a.r.l. (Luxembourg), Hoge Raad [Supreme Court], First Chamber, 09/02565 EE, 25 June 2010. *Yearbook Commercial Arbitration* 2010, Vol. XXXV. The Hague: Kluwer, 2010.
72. NETHERLANDS No. 45, Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgicheskyy Kombinat, Court of Appeal of Amsterdam, Case No. 200.100.508/01, 18 September 2012. *Yearbook Commercial Arbitration* 2013, Vol. XXXVIII. The Hague: Kluwer, 2013.
73. NETHERLANDS No. 59, Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolipetsky Metallurgicheskyy Kombinat, Court of Appeal of Amsterdam, Gerechtshof, Amsterdam, 27 September 2016. *Yearbook Commercial Arbitration* 2016, Vol. XLII. The Hague: Kluwer, 2016.
74. NETHERLANDS No. 62, Not indicated v. OJSC Novolipetsky Metallurgicheskyy Kombinat, Hoge Raad, Case No. 16/05686, 24 November 2017. *Yearbook Commercial Arbitration* 2018, Vol. XLIII. The Hague: Kluwer, 2018.
75. NEVES, Flávia Bittar; TOLEDO, Luciana Aguiar S.F. de. A Jurisprudência do STJ em Ações de Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). *Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

76. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Homologação de sentença estrangeira contestada 5.782 – legal opinion. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 35, 2012.
77. PARK, William W. Duty and discretion in International Arbitration. *Arbitration of Int'l Bus. Disputes Oxford* (2006, 2nd ed., 2012).
78. PARK, William W. What is to be done with annulled awards? *Arbitration of Int'l Bus. Disputes Oxford* (2006, 2nd ed., 2012).
79. PAULSSON, Jan. Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standards Annulments. *Asia Pacific Law Review*, vol. 6, n. 2, 1998.
80. PAULSSON, Jan. May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics. *Arbitration International*, Vol. 14, n. 2, LCIA, 1998.
81. PAULSSON, Marike R.P.; SURESH, Supritha. Chapter 17 – The New York Convention's 60th Anniversary: A Restatement for the New York Convention? GOMEZ, Katia Fach; LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana M. Kluwer: The Hague, 2019.
82. PAULSSON, Marike R.P. The 1958 New York Convention in Action. Kluwer: The Hague, 2016.
83. PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado – vol. III (competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras)*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.
84. PINHEIRO, Luís de Lima. O Reconhecimento de Decisões Arbitrais Estrangeiras ao Abrigo da Convenção de Nova Iorque – Perspectiva Atual. In: MENEZES CORDEIRO, António. *Arbitragem Comercial: Estudos Comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2019.

85. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. História e Memória da Arbitragem Comercial Internacional: 'Travaux Préparatoires' da Convenção de Nova Iorque de 1958. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
86. PUCCI, Adriana Noemi. Resolução de Disputas Investidor-Estado: A Convenção de Nova Iorque e a Convenção de Washington: In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
87. RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado. Saraiva: São Paulo, 2018.
88. REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
89. REZEK, Francisco. Perspectivas da sentença arbitral anulada em foro judiciário. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 50, 2016.
90. RIVKIN, David W. The enforcement of awards nullified in the country of origin: the American experience. In: VAN DEN BERG, Albert Jan. Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention. ICCA Congress Series, Vol. 9. The Hague: Kluwer, 1999.
91. SAVAGE, John; GAILLARD, Emmanuel. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer: The Hague, 1999.
92. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
93. SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Os efeitos da sentença arbitral anulada em seu país de origem em direito francês. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. VII, n. 26, 2010.

94. SLOBODCHIKOVA, Maria. Enforcement of annulled arbitral awards in the United States: discretion to confirm an arbitral award constrain by principles of comity. In: GOMEZ, Katia Fach; LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana Maria. 60 years of the New York Convention: key issues and future challenges. The Hague: Kluwer, 2019.
95. SOUZA JR., Lauro da Gama e. Artigo V (inciso 1 “E”) – recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.
96. SOUZA JR., Lauro Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo Borba (org.). Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.
97. The United States Arbitration Act (Federal Arbitration Act - 9 U.S.C. Sect. 1 et seq.). ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 98, 2018. The Hague: Kluwer, 2018.
98. TORRESI, Alessandro. Imparcialidade e independência do árbitro: “*parcialidade evidente*” vs. “*dúvida justificada*” e o Caso Abengoa. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 59, 2018, p. 91/120.
99. TORRESI, Alessandro. Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras à luz da Convenção de Nova Iorque: uma análise a partir do ordenamento jurídico do Brasil e da jurisprudência do STJ brasileiro. 2017.
100. US No. 230, Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt, United States District Court, District of Columbia, Civil No 94-2339 (JLG), 31 July 1996. Yearbook Commercial Arbitration 1997, Vol. XXII. The Hague: Kluwer, 1997.
101. US No. 325, Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA, United States District Court, Southern District of New York, 22 October 1999 and 29 November 1999. Yearbook Commercial Arbitration 2000, Vol. XXV. The Hague: Kluwer, 2000.

102. US No. 517, International Bechtel Company Limited v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai, United States District Court, District of Columbia, 8 March 2005. Yearbook Commercial Arbitration 2005, Vol. XXX. The Hague: Kluwer, 2005.
103. US No. 575, TermoRio S.A. E.S.P. (Colombia), et al. and others v. Republic of Colombia, Electrificadora del Atlantico S.A. E.S.P. (Colombia) and others, United States District Court, District of Columbia, Not Indicated, 17 March 2006. Yearbook Commercial Arbitration 2006, Vol. XXXI. The Hague: Kluwer, 2006.
104. US No. 621, TermoRio S.A. E.S.P. (Colombia), LeaseCo Group and others v. Electranta S.P. (Colombia), et al., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 06-7058, 25 May 2007. Yearbook Commercial Arbitration 2008, Vol. XXXIII. The Hague: Kluwer, 2008.
105. US No. 658, EDF International S.A. v. YPF S.A., United States District Court, District of Delaware, 20 November 2008 and 13 August 2009. Yearbook Commercial Arbitration 2009, Vol. XXXIV. The Hague: Kluwer, 2009.
106. US No. P44, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. Pemex Exploración y Producción, United States Court of Appeals, Second Circuit, Docket No. 13 4022, 2 August 2016. Yearbook Commercial Arbitration 2017, Vol. XLII. The Hague: Kluwer, 2017.
107. US No. 793 / P35, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. v. PEMEX – Exploración y Producción, United States District Court, Southern District of New York, Case No. 10 Civ. 206 (AKH), 27 August 2013. Yearbook Commercial Arbitration 2013, Vol. XXXVIII. The Hague: Kluwer, 2013.
108. US No. 809, Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. et al. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, United States District Court, Southern District of New York, 10-CV-5256 (KMW) (DCF), 6 February 2014. Yearbook Commercial Arbitration 2014, Vol. XXXIX. The Hague: Kluwer, 2014.

109. US No. 919, Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd. v. Lao People's Democratic Republic, United States Court of Appeals, Second Circuit, 20 July 2017. Yearbook Commercial Arbitration 2017, Vol. XLII. The Hague: Kluwer, 2017.
110. VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of Annulled Awards. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 9, n. 2, 1998.
111. VAN DEN BERG, Albert Jan. Enforcement of arbitral awards in Russia. Journal of International Arbitration, vol. 27, n. 2, 2010.
112. VAN DEN BERG, Albert Jan. Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished? ICSID Review, 2014.
113. VAN DEN BERG, Albert Jan. The German Arbitration Act 1998 and the New York Convention 1998. Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001.
114. VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention and its application by Brazilian courts. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 36, 2013.
115. VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?
116. VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Arbitration Convention of 1958. Kluwer: The Hague, 1981.
117. WALD, Arnaldo. A Convenção de Nova Iorque. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, vol. 16, 2002.
118. WALD, Arnaldo. Artigo II (incisos 1 e 2): os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (org.). Arbitragem comercial internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.

119. WALD, Arnoldo. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada pela justiça local no país da sede da arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. Arbitragem: temas contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
120. WALD, Arnoldo; SALLES, Vivian Marques. Homologação de Sentença Estrangeira Anulada por Decisão Judicial no seu País de Origem. Sessenta Anos Depois da Convenção de Nova Iorque. In: LEMES, Selma; LOPES, Christian Sahb Batista (org.). Arbitragem Comercial Internacional e os 60 Anos da Convenção de Nova Iorque. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
121. ZÁRATE, José Manuel Álvarez; BERNAL, Camilo Valenzuela. Chapter 13: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Their Own Seat: The Latin American Experience Interpreting the New York Convention's Sovereign Spaces. In: GOMEZ, Katia Fach; LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana M. (org.). 60 years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges. The Hague: Kluwer, 2019.